GÜNTHER DOPJANS

Allgemeine Wehrpflicht und Geistlichenprivileg im sozialen Rechtsstaat

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0003

ALLGEMEINE WEHRPFLICHT
UND GEISTLICHENPRIVILEG
IM SOZIALEN RECHTSSTAAT

Inauguraldissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Günter Dopjans
aus
Osnabrück
1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Chr. Fr. Menger
Zweiter Berichterstatter: Doz. Dr. R. Dreier
Dekan: Prof. Dr. H. Kiefner
Tag der mündlichen Prüfung: 13. Dezember 1971

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	L
Einleitung	1

Teil A: Wehrpflicht und Geistlichenprivileg in der Geschichte

1. Die Waffenpflicht bei den germanischen Stämmen	3
2. Das frühe Christentum und der Militärdienst	5
3. Die Zeit nach dem Mailänder Edikt	6
4. Die Wehrpflicht unter den Merowingern und Karolingern	8
5. Die Geistlichen im merowingischen und karolingischen Heer	12
6. Das Ende der allgemeinen Wehr im Hl. Römischen Reich deutscher Nation	13
7. Die Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht in den deutschen Staaten	16
8. Allgemeine Wehrpflicht und Geistlichenprivileg im Deutschen Reich	19
9. Das Dritte Reich und das Reichskonkordat	26

Seite

Teil B: Die Wehrpflicht im sozialen Rechtsstaat

I. Wehrgerechtigkeit 30

II. Wehr und Recht

1. Wehrhoheit 33
2. Wehrformen 36
3. Wehrpflicht als soziale Beistandspflicht 36
4. Verteidigung und Völkerrecht 38
5. Krieg und Sittlichkeit 38
6. Wehrvorbereitung im Frieden 38

III. Der Rechtscharakter der geltenden Wehrpflicht 39

IV. Der Umfang der Wehrpflicht

1. Wehrpflicht und Wehrdienstpflicht 41
2. Die Dienstarten 43
   a) Waffendienst 44
   b) Waffenloser Dienst 44
   c) Ersatzdienst 44
   d) Dienst im Zivilen Bevölkerungsschutz und Zivilschutzkorpsdienst 46
   e) Entwicklungshelferdienst 46
   f) Vollzugsdienst der Polizei und des Bundesgrenzschutzes 48
   g) Bundesgrenzschutzdienst 48

Seite

V. Die Wehrpflicht im Verfassungssystem 51

1. Die Beziehungen der Wehrpflicht zum Sozialstaatsprinzip 52
2. Wehrpflicht und soziale Gleichheit 55

VI. Der Gehalt des Sozialstaatsprinzips

1. Zur Entstehungsgeschichte 56
2. Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung 58
3. Das Sozialstaatsprinzip im Schrifttum 60

VII. Funktionen des Prinzips des sozialen Rechtsstaats

1. Modalität 64
2. Übermaßverbot 65
3. Das Rücksichtsprinzip 66

VIII. Die Elemente der Gleichheitsprüfung: Differenzierungskriterium - Differenzierungsziel - Differenzierungsgrund 74

IX. Die Interdependenz der Differenzierungselemente 77

1. Der Zusammenhang zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund 78
2. Der Zusammenhang zwischen Differenzierungsziel und Differenzierungsgrund 80

Seite

X. Die Differenzierungsverbote 82

1. Verbote von Differenzierungskriterien 82
2. Verbote von Differenzierungsgründen 84
3. Verbote von Differenzierungszielen 85

XI. Das Vergleichspaar 87

Teil C: Das Geistlichenprivileg im Wehrrecht

I. Die Konfliktspartner 91

1. Die Auffassung der evangelischen Kirche zum Wehrdienst der Geistlichen 91
2. Die Lehre der katholischen Kirche zum Wehrdienst der Geistlichen 92
3. Die Auffassungen anderer Religionsgemeinschaften 93

II. Das Geistlichenprivileg und die Differenzierungsverbote

1. Differenzierungskriterium - Verbote 94
2. Differenzierungsziel - Verbote 94
3. Die positiven Ziele der Befreiung 97
4. Verfassungsrechtliche Zielbestimmungen 99
   a) Die Religionsausübungsfreiheit 99
   b) Art. 6 Reichskonkordat 100
5. Differenzierungsgrund - Verbote 101

Seite

III. Die Interdependenzprüfung 102

1. Das in § 11 Abs. 1 Ziff. 1-3 WPflG enthaltene Differenzierungskriterium; der Begriff "Geistlicher" 102
   a) Die Auffassungen zum Begriff des Geistlichen im Schrifttum 105
   b) Die neuere Rechtsprechung zum Geistlichenbegriff 107
2. Die Interdependenz-Prüfung: Differenzierungskriterium - Differenzierungsgrund 111
3. Die Interdependenz-Prüfung: Differenzierungsziel - Differenzierungsgrund 111

IV. Das sozialstaatliche Rücksichtsprinzip bei staatsbürgerlichen Pflichten 112

1. Die Ausformung im Steuerrecht 113
2. Die weiteren Theorien zur Einschränkung des gesetzgeberischen Ermessens bei Differenzierungsnormen 115

V. Das Rücksichtsprinzip im Wehrpflichtrecht 119

1. Die allgemeine Wehrpflicht als Konkretisierung arithmetischer Gleichheit 119
2. Der Begriff der Tauglichkeit als Funktion distributiver Gleichheit 120
3. Wehrpflichtausnahme und Wehrdienstausnahme 122
4. Die Auswahlwehrpflicht 123

Seite

VI. Die Relation der Geistlichenbefreiung zur Maßstabs-Balance 124

VII. Differenzierungsgrund und Wertungskonsens 126

1. Das "Übermaßprivileg" 126
2. Die Wertungsfaktoren
   a) Die qualifizierte Begründung nach dem Prinzip der Notwendigkeit 128
   b) Die qualifizierte Begründung nach der Interessenkongruenz 129
   c) Die Funktion der Wertungsfaktoren 129

VIII. Die Gründe für das Geistlichenprivileg 129

IX. Wertungsgrundlagen und Wertungsvorschlag 138

X. Gesamtergebnis 142

Literaturverzeichnis VII
Abkürzungsverzeichnis L

Literaturverzeichnis

Abendroth, Wolfgang

Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Aus Geschichte und Politik, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff
zit.: Bergstraesser-Festschrift

Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 85 ff (Aussprache)

Absolon, Rudolf

Wehrgesetz und Wehrdienst 1935-1945, Boppard am Rhein 1960

Adamovich, Ludwig - Spanner, Hans

Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl., Wien 1957

Albrecht, Alfred

Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie, Freiburg-Basel-Wien 1965

Arndt, Adolf

Gedanken zum Gleichheitssatz, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, 2. Band, Tübingen 1966, S. 179 ff
zit.: Leibholz-Festschrift

Anmerkung zu BVerfG Beschl. v. 4. 10. 1965 - 1 BVR 112/63 - NJW 1965,2195 f

Arndt, Claus

Zur Bedeutung der Sozialstaatsklausel im Grundgesetz, Recht und Politik, Heft 1, 1967, S. 3 ff

Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 37 ff (Mitbericht)
Badura, Peter	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 ff
Bäumlin, Richard	Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VDStRL 28 (1970), S. 3 ff (Bericht)
Barion, Hans	Stichwort "Kirchenverfassung", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S.Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
von Baudissin, Wolf Graf	Gedanken zur evangelischen Militärseelsorge in der Bundeswehr, in: Graf Baudissin, Soldat für den Frieden, München 1969, S. 177 ff
Baumann, Gerhard	Um das Wehrverständnis in der Bundesrepublik, Wehrkunde 1960, S. 353 ff
Baur, Fritz	Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 193 ff
Beckmann, Joachim	Zur Frage der Freistellung der Pfarrer vom Wehrdienst, Kirche in der Zeit 1956, S. 102 ff
Beitzke, Günther	Gleichheit von Mann und Frau, in: Die Grundrechte, hrsg. v. F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, 2. Band, 2. unveränd. Aufl., Berlin 1968, S. 199 ff

Belemann, Gerd Dieter	Kirchliche Beteiligung an staatlichen Einrichtungen, Diss. iur. Bonn 1968
Bellstedt, Christoph	Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, Diss. iur. Heidelberg 1958
Benda, Ernst	Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966
Bender, Bernd	Rechtsstaat und Sozialstaat, in: Laissez-faire-Pluralismus, hrsg. v. G. Briefs, Berlin 1966
Berber, Friedrich J.	Lehrbuch des Völkerrechts, 2. Band: Kriegsrecht, München-Berlin 1962 zit.: Lehrbuch
	Die völkerrechtliche Stellung der Polizei in der Bundesrepublik, Gutachten, hrsg. v. Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV, Stuttgart 1963 zit.: Gutachten
Berndl, Richard	Die Bundesrepublik als Bundesstaat, als Demokratie und als Sozialstaat, Diss. iur. Köln 1964
Bertermann, Udo	Zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, MDR 1966, S. 881 ff
Bettermann, Karl August	Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, DSt 1 (1962), S. 79 ff

Beulke, Eckart	Bonner Grundgesetz und die Parität der Kirchen, ZevKR 6 (1957/58), S. 127 ff
Binz, Gerhard Ludwig	Wehr-Verneinung, Beiheft 4 der Wehrwissenschaftlichen Rundschau, Berlin-Frankfurt/M. 1956 zit.: Wehrverneinung
	Wehrpflicht in Theorie und Praxis, Wehrkunde 1958, S. 318 ff
	Wehrdienst-Ersatzsteuer, Wehrkunde 1959, S. 261 ff
	Wehrpflicht - Ermessensfrage oder absolutes Gebot? NZWehrr 1960, S. 154 ff
	Der Ausgleichsgedanke im Wehrpflichtstaat, Wehrkunde 1963, S. 580 ff
Birkner, Hans-Joachim	Stichwort "Gleichheitssatz", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S.Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Bleese, Jörn	Die Militärseelsorge und die Trennung von Staat und Kirche, Diss. iur. Hamburg 1969
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 123 f (Aussprache)
	Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VDStRL 28 (1970), S. 33 ff (Mitbericht)
Böckenförde, Werner	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957 (zugl. Diss. iur. Münster 1956)

Bogs, Harald	Probleme des Geistlichenprivilegs im Wehrrecht, DSt 9 (1970), S. 43 ff
Bogs, Walter	Das Problem der Freiheit im sozialen Rechtsstaat, in: Gesellschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Friedrich Lenz, Berlin 1961, S. 307 ff; zitiert ist der Nachdruck in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 509 ff
	Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht, in: Sozialer Rechtsstaat - Weg oder Irrweg? hrsg. von der Bundesleitung des Deutschen Beamtenbundes, Bad Godesberg 1963, S. 44 ff zit.: Rechtsstaat im Verfassungsrecht
Brinkmann, Karl	Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz, Bonn 1967 ff
Brunner, Emil	Gerechtigkeit, Zürich 1943
Brunner, Karl	Heereskunde der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 1953 zit.: Heereskunde
Brunotte, Heinz	Stichwort "Amt (in der Kirche)", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Bulla, Gustav Adolf	Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, S. 6 ff

Burger, Karl — Stichwort "Krieg", Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche, hrsg. v. A. Hauck, 11. Band, Leipzig 1902

Claeys-Boûûaert, F. — Stichwort "Clerc", Dictionnaire de Droit Canonique, Bd. 3, Paris 1942

Coing, Helmut — Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969

Conrad, Hermann — Der Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht in der deutschen Wehrverfassung des Mittelalters, Berlin 1937
zit.: Wehrpflicht

Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1, Karlsruhe 1954
zit.: Rechtsgeschichte

Cunis, Reinmar — Das Militär in der Demokratie, Diss. rer. oec. Köln 1963

Dänhardt, Albert — Zur rechtshistorischen und rechtsdogmatischen Beurteilung der kanonischen Immunität des Klerus vom Militärdienst, in: Theologisches Jahrbuch, hrsg. v. A. Dänhardt, Leipzig 1959, S. 232 ff
zit.: Immunität

Klerus und Militärdienst, Dresden 1940

Dannenbauer, Heinrich — Die Freien im karolingischen Heer, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Theodor Mayer, Band 1, Lindau-Konstanz 1954, S. 49 ff

Darmstaedter, Friedrich	Der Wohlfahrtsstaat und das soziale Grundrecht, in: Philosophie und Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, hrsg. v. U. Klug, Wiesbaden 1960, S. 12 ff
Dax, Günter	Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonn 1969
Denninger, Erhard	Rechtsperson und Solidarität, Frankfurt-Berlin 1967
Dibelius, Otto	Grenzen des Staates, Tübingen 1949
Dichgans, Hans	Vom Grundgesetz zur Verfassung, Überlegungen zu einer Gesamtrevision, Düsseldorf-Wien 1970
Doehring, Karl	Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, Köln-Berlin 1959
Dombois, Hans	Stichwort "Gleichberechtigung von Mann und Frau", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Downs, John Emmanuel	The Concept of Clerical Immunity, The Catholic University of America, Canon Law Studies No. 126, Washington, D. C., 1941

Dreier, Ralf	Zum Begriff der "Natur der Sache", Berlin 1965 (zugl. Diss. iur. Münster 1963)
Dürig, Günter	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193 ff
	Stichwort "Gleichheit", Staatslexikon, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 3. Band, 6. Aufl., Freiburg 1959
	Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 138 f (Aussprache)
Duquesne, Jacques	Die Priester (Les Prêtres), aus dem Französischen, Wien-München 1965
Ebbinghaus, Julius	Sozialismus der Wohlfahrt und Sozialismus des Rechtes, SJZ 1947, Sp. 137 ff
Eichmann, Eduard - Mörsdorf, Klaus	Lehrbuch des Kirchenrechts, Band 1, 11. Aufl., München-Paderborn-Wien 1964
Erbe, Walter	Die Freiheit im sozialen Rechtsstaat, Staatsanzeiger für Baden-Württemberg 1956, Nr. 93, S. 1 ff; zitiert ist der Abdruck in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 309 ff
Erler, Adalbert	Stichwort "Immunität", Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 3. Band, 3. Aufl., Tübingen 1960

Ermacora, Felix	Allgemeine Staatslehre, 1. Teilband, Berlin 1970
Ermacora, Felix - Loebenstein, Edwin	Das Österreichische Wehrrecht, Wien 1958 mit Ergänzungsband o. J. (nach 1960)
Eschenburg, Theodor	Staat und Gesellschaft in Deutschland, München 1963
Esser, Josef	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1970
Fechner, Erich	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953
Fehr, Hans	Landfolge und Gerichtsfolge im fränkischen Recht, in: Festgabe für Rudolph Sohm, München und Leipzig 1914, S. 387 ff
Feine, Hans Erich	Kirchliche Rechtsgeschichte. Die katholische Kirche, 4. Aufl., Köln-Graz 1964
Fersch, Hans	Die Wehrsteuer, Finanz-Archiv 28 (1911), Band 1, S. 167 ff
Fleiner, Fritz	Armee und Demokratie, Neue Schweizer Rundschau, Januar 1935, in: F. Fleiner, Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 319 ff
Flor, Georg	Die allgemeine Wehrpflicht in Deutschland, Wehrkunde 1956, S. 221 ff

Forsthoff, Ernst

Der moderne Staat und die Tugend, in: Tymbos für Wilhelm Ahlmann, Berlin 1950,S.80 ff; zitiert aus: Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964 von E. Forsthoff, Stuttgart 1964, S. 13 ff
zit.: Tugend

Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 8 ff (Bericht)

Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961
zit.: Verfassungsauslegung

Über Maßnahme-Gesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 221 ff; zitiert aus: Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964 von E. Forsthoff, Stuttgart 1964, S.78 ff
zit.: Maßnahme-Gesetze

Der Dualismus von Rechtsstaat und Sozialstaat im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Studi in Onore di Achille Donato Giannini, Milano 1961, S. 567 ff
zit.: Giannini-Festschrift

Die Bundesrepublik Deutschland. Umrisse einer Realanalyse, Monatsschrift Merkur, 9. Heft, Sept. 1960, S. 807 ff

Franck, Dittmar

Die Rechtsnatur der bewaffneten Macht, DVBl 1957,S.149 ff

von Frauenholz, Eugen	Entwicklungsgeschichte des deutschen Heerwesens, 5. Band: Das Heerwesen des XIX. Jahrhunderts, München 1941 zit.: Entwicklungsgeschichte
	Die Entwicklung des Gedankens der allgemeinen Wehrpflicht im neunzehnten Jahrhundert, München 1925 zit.: Wehrpflicht
Frey, Erich	Zur Idee und Funktion des sozialen Rechtsstaates im Arbeitsrecht, AuR 1961, S. 298 ff
Friauf, Karl Heinrich	Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, Tübingen 1966
Friesenhahn, Ernst	Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes, Recht-Staat-Wirtschaft, 2. Band, Stuttgart-Köln 1950 S. 164 ff
Frowein, Jochen A.	Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VDStRL 28 (1970), S. 138 ff
Fuchs, Karl Heinz - Kölper, Friedrich Wilhelm (Hrsg.)	Militärisches Taschenlexikon, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1961
Fuss, Ernst-Werner	Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959, S. 329 ff
	Normenkontrolle und Gleichheitssatz, JZ 1962, S.565 ff, 595 ff, 737 ff

Galperin, Hans	Sozialadäquanz und Arbeitskampfordnung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München-Berlin 1965, S. 197 ff
Gamillscheg, Franz	Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, Hannover 1968
Gassner, Wolfgang	Gleichheitssatz und Steuerrecht, Veröffentlichungen des Instituts für Finanzwissenschaft und Steuerrecht Nr. 64, Wien 1970
Geiger, Willi	Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, hrsg. v. der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 167 ff
Geißler, Heinrich	Das Recht der Kriegsdienstverweigerung nach Art.4 Abs. III des Grundgesetzes, Diss. iur. Tübingen 1960
Gerber, Hans	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 1 ff
Gerhardt, Bruno	Handbuch der deutschen Geschichte, Band 1, Stuttgart-Berlin 1892

Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München-Berlin 1971
Görres, Joseph	Politische Schriften (1817-1822), hrsg. von G. Wohlers (Görres, Gesammelte Schriften, Band 13), Köln 1929
Gollwitzer, Helmut	Die Revolution des Reiches Gottes und die Gesellschaft, in: Diskussion zur "Theologie der Revolution", hrsg. von E. Feil und R. Weth, München 1969
Grashof, Otto	Die Gesetze der römischen Kaiser über die Immunitäten des Klerus, Archiv f. k. KR 37 (1877), S. 256 ff
Grewe, Wilhelm	Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949, S. 349 ff
Grimm, Claus	Besteuerung und Grundgesetz, Stuttgart 1959
Grundmann, Siegfried	Stichwort "Amt (in der Kirche)", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
	Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, JZ 1966, S. 81 ff
Guggisberg, Kurt	Das Wehrproblem in der Geschichte des Christentums, in: Schweizerischer Militärdienst in christlicher Sicht, Bern 1961, S. 106 ff

Haas, Josef — Die allgemeine Wehrpflicht, Diss. iur. Göttingen 1911

Häberle, Peter — Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962
zit.: Wesensgehalt

Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970
zit.: öffentliches Interesse

Händel, Heribert — Der Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht in der Wehrverfassung des Königreiches Preußen bis 1819, Beiheft 19 der Wehrwissenschaftlichen Rundschau, Berlin-Frankfurt/M. 1962

Hahnenfeld, Günter — Wehrpflichtgesetz (Kommentar), München 1969

Wehrverfassungsrecht, Hamburg-Berlin 1965
zit.: Wehrverfassung

Die Voraussetzungen der Wehrpflicht und des Wehrdienstes, UBWV 1964, S. 1 ff

Die Wehrdienstausnahmen, UBWV 1965, S. 54 ff

Hamann, Andreas — Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes über den Gleichheitssatz, NJW 1957, S. 2 ff

Hamann, Andreas - Hamann, Andreas jr. - Lenz, Helmut — Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970

Hamel, Walter	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
	Stichwort "Kriegsdienst, Kriegsdienstverweigerung", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Hartwich, Hans-Hermann	Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln-Opladen 1970
Hauck, Albert	Kirchengeschichte Deutschlands, Band 1 u. 2, 8. Aufl., Berlin-Leipzig 1954
Hausmann, Paulus Andreas	Kriegsdienstverweigerung als Rechtsproblem, in: Konflikte zwischen Wehrdienst und Friedensdiensten, hrsg. v. U. Duchrow und G. Scharffenorth, Stuttgart-München 1970, S. 178 ff
Haußmann, Fritz	Der Rechtsgrundsatz der Gleichmäßigkeit, Berlin 1917
Heckel, Johannes	Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches, Hamburg 1939
Heckel, Martin	Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S.5 ff (Bericht)
Hecker, Hellmuth	Die Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht, Frankfurt-Berlin 1954

Hecklinger, Roland	Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel in ihrer Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht, Diss.iur. Freiburg 1960
Henze, Hubert	Die personelle Bedarfsdeckung der Bundeswehr im Rahmen der Wehrpflicht, Hamburg-Berlin 1964
Hermann, Carl Hans	Deutsche Militärgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1968
Herzog, Roman	Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/M. 1971
	Demokratie und Gleichheit heute, DVBl 1970, S. 713 ff
	Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 121 ff (Aussprache)
	Stichwort "Gleichheitssatz", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Karlsruhe 1969
	Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 137 f (Aussprache)
	Stichwort "Kirche und Staat", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S.Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
	Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951), S. 167 ff

von der Heydte, Friedrich August Frhr.	Stichwort "Wehrpflicht", Staatslexikon, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 8. Band, 6. Aufl., Freiburg 1963
	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 108 f (Aussprache)
Hieronymi, Wilhelm	Ideal und Wirklichkeit in Staat und Gesellschaft, in: Volkswirthschaftliche Aufsätze, hrsg. v. W. Eras, Leipzig 1871, S. 104 ff
Hilling, Nikolaus	Das Personenrecht des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1924
Hinschius, Paul	System des katholischen Kirchenrechts, Band 1, Berlin 1869
von Hippel, Fritz	Recht, Sittlichkeit und Religion im Aufbau von Sozialordnungen, Tübingen 1958
Hirsch, Ernst Eduard	Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Berlin 1966
Hirschmann, Johannes B.	Zur Diskussion um die Wehrpflicht, Stimmen der Zeit 159 (1956-57), S. 203 ff
Hörmann, Karl	Friede und moderner Krieg im Urteil der Kirche, Wien 1964
Hofmann, Michael	Ist die Militärfreiheit der katholischen Geistlichen auch heute noch rechtlich begründet und zeitgemäß? Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), S.441 ff

Hollerbach, Alexander

Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/M.1965

Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 57 ff (Mitbericht)

Holm, Torsten

Allgemeine Wehrpflicht, München 1953

Huber, Ernst Rudolf

Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Nationalstaat und Verfassungsstaat, Stuttgart 1965, S. 249 ff; zitiert ist der Nachdruck in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S.589 ff
zit.: Rechtsstaat

Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I, Stuttgart 1961
zit.: Verfassungsgeschichte

Heer und Staat, 2. Aufl., Hamburg 1943

Huber, Hans

Soziale Verfassungsrechte? in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 149 ff; zitiert ist der Nachdruck in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 1 ff

Hueck, Alfred

Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München-Berlin 1958, S. 57 ff

Hueck, Götz	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München-Berlin 1958
Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I, Berlin-Frankfurt/M. 1963, Band II/2, Berlin-Frankfurt/M. 1970
von Humboldt, Wilhelm	Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates (Titel des Originals: Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, 1792), Nürnberg 1954
Hundius, Gerhard	Gedanken zu Folgemaßnahmen der Auswahlwehrpflicht, BWV 1963, S. 161 ff
Ipsen, Hans Peter	Gleichheit, in: Die Grundrechte, hrsg. v. F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, 2.Band, 2. Aufl., Berlin 1968, S.111 ff
	Über das Grundgesetz, Hamburger Universitätsreden, Selbstverlag der Universität, Hamburg 1950
	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VDStRL 12 (1954), S. 119 ff (Aussprache)
Isensee, Josef	Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968
Jähns, Max	Heeresverfassungen und Völkerleben, Berlin 1885
Jahn, Hans Edgar	Für und gegen den Wehrbeitrag, Köln 1957

Jahrreiss, Hermann	Freiheit und Sozialstaat, Krefeld 1957
Jellinek, Walter	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 117 ff (Aussprache)
Jentsch, Werner (Hrsg.)	Christliche Stimmen zur Wehrdienstfrage, Kassel o. J. (nach 1952)
Kägi, Werner	Rechtsstaat - Sozialstaat - sozialer Rechtsstaat! "Die Schweiz" 16 (1945), S. 129 ff
Kaiser, Julius	Vom Dienst des protestantischen Feldpredigers, in: Schweizerischer Militärdienst in christlicher Sicht, Bern 1961, S. 92 ff
Kant, Immanuel	Die Metaphysik der Sitten. Rechtslehre.II.Th. Das öffentl. Recht. 2. Abschn. Das Völkerrecht, 2. Aufl., Königsberg 1798
Kemman, Dietmar	Der verfassungsrechtliche Begriff des sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Diss. iur. Köln 1955 (masch.schr.)
von Ketteler, Wilhelm Eman. Frhr.	Die Gefahren der exemten Militärseelsorge, Archiv f. k. KR 58 (1887), S. 434 ff

Klein, Friedrich	Der Begriff des "Angriffs" in der UN-Satzung, in: Festschrift Hermann Jahrreiß, Köln-Berlin-Bonn-München 1964, S. 163 ff
	Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZgesStW 106 (1950), S. 390 ff
Klumpp, Hans-Hermann	Feuerwehrpflicht oder allgemeine Dienstpflicht? BaWüVBl 1970, S. 84 ff
Koch, Walter	Die klerikalen Standesprivilegien nach Kirchen- und Staatsrecht, Freiburg/Schweiz 1949
Koeniger, Albert Michael	Die Militärseelsorge der Karolingerzeit, München 1918
Köttgen, Arnold	Der soziale Bundesstaat, in: Neue Wege der Fürsorge, Festgabe für Hans Muthesius zum 75. Geburtstag, Köln 1960, S. 19 ff; zitiert ist der Nachdruck in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 431 ff
Korbmacher, Günter	Das Wehrpflichtrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl 1969, S. 385 ff
Kraus, Rudolf	Sozialstaatlichkeit und soziale Marktwirtschaft, Diss. iur. Basel 1962
Kreutzer, Rudolf	Der Begriff des Geistlichen im Wehrpflichtgesetz, DÖV 1958, S. 150 ff
Krüger, Herbert	Brüderlichkeit - das dritte Ideal der Demokratie, in: Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag, München 1971, S.249 ff

Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964

Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VDStRL 12 (1954), S. 109 ff (Aussprache)

Küchenhoff, Günther — Gleichheit und Ungleichheit im Verfassungsrecht, JR 1959, S. 281 ff

Kupper, Alfons — Staatliche Akten über die Reichskonkordatsverhandlungen 1933, Mainz 1969

Zur Geschichte des Reichskonkordats, Stimmen der Zeit 163 (1958-59), S. 278 ff, 354 ff; 171 (1962-63), S. 25 ff

Lange, Klaus — Systemgerechtigkeit, Die Verwaltung 1971, S. 259 ff

Lasalle, Ferdinand — Über Verfassungswesen.Ein Vortrag,gehalten in einem Berliner Bürger-Bezirks-Verein, Berlin 1862

Le Bras, Gabriel — Les privilèges des clercs dans les Concordats récents, in: Mélanges R. Carré de Malberg, Paris 1933, S. 335 ff

Leder, Gottfried — Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, Freiburg 1957

Leibholz, Gerhard — Die Gleichheit vor dem Gesetz, Berlin 1925 (2. unveränd.Aufl., München-Berlin 1959)

Verfassungsrecht und Arbeitsrecht, in: Hueck-Leibholz,Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht,München 1960, S. 21 ff
zit.: Verfassungsrecht

Leibholz, Gerhard - Rinck, Hans Justus	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar), 4. Aufl., Köln-Marienburg 1971
Leisner, Walter	Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 1964, S. 201 ff
Lerche, Peter	Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961
	Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 341 ff
	Stichwort: "Bundeswehr, Wehrverfassung", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Lidell Hart, B. H.	Die Verteidigung des Westens (Defense of the West), aus dem Englischen, Konstanz-Zürich 1951
Liermann, Hans	Stichwort "Wehrpflicht und Kriegsdienst der Pfarrer", Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 6. Band, 3. Aufl., Tübingen 1962
Locher, Gottfried W.	Göttlicher Wille und soldatischer Auftrag, in: Hans Huber, Gerhart Schürch, Gottfried W. Locher, Unser Recht auf Verteidigung, Zürich 1960, S. 59 ff
von Löwenstern, Winno	Wehrformen und Wehrordnungen, Wehrkunde 1969, S. 438 ff

Lorson, Pierre	Wehrpflicht und christliches Gewissen (Un Chrétien peut-il être Objecteur de Conscience?, Paris 1950), aus dem Französischen, Frankfurt/M. 1952
Ludwig, Claus - Mitrowan, Günter	Wer braucht nicht zur Bundeswehr? Villingen 1961
Luhmann, Niklas	Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965
De Maizière, Ulrich	Die Landesverteidigung im Rahmen der Gesamtverteidigung, Hamburg-Berlin 1964
Mallmann, Walter	Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VDStRL 19 (1961), S. 165 ff (Bericht)
von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Band I, Berlin-Frankfurt/M. 1957
Mann, Ulrich	Lorbeer und Dornenkrone, Stuttgart 1958
	Stichwort "Kriegsdienst, Kriegsdienstverweigerung", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S.Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Mannheim, Karl	Freiheit und geplante Demokratie, Köln-Opladen 1970
Marcic, René	Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957

Martens, Wolfgang	Grundgesetz und Wehrverfassung, Hamburg 1961
Martensen, Hans Lassen	Die Christliche Ethik, Specieller Theil,Zweite Abtheilung:Die sociale Ethik, 4. Aufl., Berlin 1888
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 17.Aufl., München 1969
Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman	Grundgesetz (Kommentar), München 1970 ff
Mayer, Ernst	Die Entstehung der Vasallität und des Lehenswesens, in:Festgabe für Rudolph Sohm,München und Leipzig 1914, S. 22 ff
Menger, Christian-Friedrich	Moderner Staat und Rechtsprechung, Tübingen 1968 zit.: moderner Staat
	Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat, VDStRL 26 (1968), S. 274 f (Aussprache)
	Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen,in:Sozialenquête und Sozialrecht,Festschrift für Walter Bogs, Wiesbaden 1967, S. 89 ff zit.: Bogs-Festschrift
	Aktives und passives Wahlrecht des Soldaten,in: Von den Grundrechten des Soldaten, München 1957, S. 9 ff zit.: Wahlrecht
	Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953 zit.: sozialer Rechtsstaat
	Anmerkung zu LVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 9. 10. 1952 - 1A 22/52 -, JZ 1953,S.182 f

Merk, Wilhelm	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954) S. 99 ff (Aussprache)
Missalla, Heinrich	"Gott mit uns", Die deutsche katholische Kriegspredigt 1914 - 1918, München 1968
Model, Otto - Müller, Klaus	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1971
Mörsdorf, Klaus	Kritische Erwägungen zum kanonischen Amtsbegriff, in: Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann zum 80. Geburtstag, Band 1, Aalen 1959, S. 383 ff
Mommsen, Theodor	Römisches Staatsrecht, 3.Band, I. Abt., Leipzig 1887
Monzel, Nikolaus	Die ethische Problematik des Krieges mit Atombomben, in: Kann der atomare Verteidigungskrieg ein gerechter Krieg sein? hrsg. v. K. Forster, München 1960, S.41 ff
Mosler, Hermann	Wer ist aus dem Reichskonkordat verpflichtet? in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin-Heidelberg-New York 1967, S. 350 ff
Müller, Gerhard	Der Sozialstaatsgedanke unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BABl 1964, S. 723 ff

Münster, Clemens — Atomare Verteidigung und christliche Verantwortung, in: Kann der atomare Verteidigungskrieg ein gerechter Krieg sein? hrsg. v. K. Forster, München 1960, S. 73 ff

Münter, Wilhelm Otto — Begriff und Wirklichkeit des geistlichen Amts, München 1955

Mürmann, Adolf — Die öffentliche Meinung in Deutschland über das preußische Wehrgesetz von 1814, Berlin und Leipzig 1910

von Mutius, Albrecht — Militärseelsorge in neuzeitlichen Streitkräften, Wehrkunde 1960, S. 612 ff

Stichwort: "Militärseelsorge", Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 4. Band, 3. Aufl., Tübingen 1960

Naumann, Richard — Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 114 ff (Aussprache)

von Nell-Breuning, Oswald — Politische Programmatik und Weltanschauung, in: Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt/M. 1969, S. 303 ff

Neumann, Fr. J. — Die Wehrsteuer, Finanz-Archiv 4 (1887), Band 1, S. 109 ff

Nipperdey, Hans Carl — Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1961

Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VDStRL 12 (1954), S. 92 ff (Aussprache)

Obermayer, Klaus	Staatskirchenrecht im Wandel, DÖV 1967, S. 9 ff
Oestreich, Gerhard	Ständetum und Staatsbildung in Deutschland, DSt 6 (1967), S. 61 ff
Olbersdorf, Gert	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, AuR 1955, S.129 ff
Paulick, Heinz	Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung - sein Inhalt und seine Grenzen, in: Probleme des Finanz- und Steuerrechts, Festschrift für Ottmar Bühler, Köln 1954, S. 121 ff
Perau, Josef	Priester im Heere Hitlers, Erinnerungen 1940-45, Essen 1962
Pergent, J.	Berufsarmee, Wehrpflichtarmee oder Miliz? Wehrkunde 1965, S. 454 ff
Pernthaler, Peter	Der Rechtsstaat und sein Heer, Wien 1964
Picht, Werner	Vom Wesen des Krieges und vom Kriegswesen der Deutschen, Stuttgart 1952
Pirson, Dietrich	Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 132 ff (Aussprache)

Plöchl, Willibald M. — Geschichte des Kirchenrechts, 2.Aufl.,Band 2,Wien-München 1962; Band 3, Wien-München 1970

Podlech, Adalbert — Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971

Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), S. 185 ff

Pressel, Wilhelm — Die Kriegspredigt 1914 bis 1918 in der evangelischen Kirche Deutschlands, Göttingen 1967

Quaritsch, Helmut — Staat und Souveränität, Band 1, Frankfurt 1970
zit.: Souveränität

Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 111 ff (Aussprache)

Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, DSt 5 (1966), S. 451 ff

Kirchen und Staat, DSt 1 (1962), S. 175 ff, 289 ff

Rehdans, Walter - Dombrowski, Hanns - Kersten, Werner — Das Recht der Wehrmacht, 2. Aufl., Berlin 1938

Reinhart, Rainer — Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Tauglichkeitsgrad, BWV 1966, S. 50 ff, 230 ff

Reppel, Klaus — Der Staat und die Vorschriften über die Vorbildung der Geistlichen, Diss. iur. Bonn 1966

Retzbach, Anton — Das Recht der katholischen Kirche nach dem Codex Iuris Canonici, 6. Aufl., Freiburg-Basel-Wien 1961

Reuss, Wilhelm — Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips, in: W. Reuss und K. Jantz, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Stuttgart 1960, S. 7 ff
zit.: Reuss-Jantz

Reuß, Hermann — Der Bürger und sein Staat, JR 1957, S. 1 ff

Ridder, Helmut — Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960

Stichwort "Kirche und Staat", Staatslexikon, hrsg. von der Görres- Gesellschaft, 4. Band, 6. Aufl., Freiburg 1959

Rinck, Hans Justus — Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in der Bundesrepublik, der Schweiz, Österreich, Italien, den USA und Indien, JÖR 10 (1961), S. 269 ff

Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, S. 521 ff

Risken, Arno — Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst, Berlin 1969

Rist, Markus — Die deutschen Jesuiten auf den Schlachtfeldern und in den Lazaretten 1866 u. 1870/71, Freiburg im Breisgau 1904

Rittau, Martin — Wehrgesetz, 2. Aufl., Berlin 1926

Roemer, Walter	Die neue Wehrverfassung, JZ 1956, S. 193 ff
Rohwer-Kahlmann, Harry	Sozialversicherung und sozialer Rechtsstaat, in: Sozialenquête und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, Wiesbaden 1967, S. 109 ff
Rudolph, Detlef	Die Wehrgerechtigkeit als Teil der sozialen Gerechtigkeit, Truppenpraxis 1970, S. 903 ff
Rüpke, Giselher	Gesetzgeberisches Ermessen und richterliches Prüfungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz, Diss. iur. Göttingen 1961
Rumpf, Helmut	Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, Karlsruhe 1958
Ruppel, Erich	Stichwort "Privilegien der Geistlichen", Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, 5. Band, 3. Aufl., Tübingen 1961
Sachau, Manfred	Wehrhoheit und Auswärtige Gewalt, Berlin 1967
Salzwedel, Jürgen	Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschrift Hermann Jahrreiss, Köln-Berlin-Bonn-München 1964, S. 339 ff

Schäfer, Hr.

Zur Geschichte der deutschen allgemeinen Wehrpflicht, in: Sitzungsberichte der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Jahrg. 1917, 1. Halbband, Berlin 1917, S. 451 ff

Scharffenorth, Gerta

Konflikte in der Evangelischen Kirche in Deutschland 1950 bis 1969 im Rahmen der historischen und ökumenischen Friedensdiskussion, in: Konflikte zwischen Wehrdienst und Friedensdiensten, hrsg. v. U. Duchrow und G. Scharffenorth, München 1970, S. 17 ff

Scherer, Werner - Krekeler, Theo

Wehrpflichtgesetz (Kommentar), 3. Aufl., Berlin-Frankfurt/M. 1966 (Nachtrag 1968)

Das Recht der Unabkömmlichstellung des Bundes und der Länder, Berlin-Frankfurt/M. 1964

Scheuner, Ulrich

Gutachtliche Äußerung zur Frage der Verwendung von Wehrpflichtigen im Rahmen des Grundwehrdienstes für Verwaltungsaufgaben in den Streitkräften und in der Bundeswehrverwaltung, in: Wehrgerechtigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Bericht der Wehrstruktur-Kommission an die Bundesregierung 1971, hrsg. v. der Wehrstruktur-Kommission, S. 109 ff
zit.: Wehrstruktur-Gutachten

Nach zwanzig Jahren Bundesrepublik, JurJahrb 10 (1969), S. 1 ff

Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VDStRL 26 (1968), S. 131 f (Aussprache)

Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, DÖV 1967, S. 585 ff

Die Stellung der Streitkräfte im modernen Völkerrecht, in: Bundeswehr und Recht, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, S. 27 ff
zit.: Streitkräfte

Die rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes, in: Der Rechtsstaat - Angebot und Aufgabe, hrsg. v. E. Wolf, München 1964, S.11 ff
zit.: rechtsstaatliche Ordnung

Der Schutz der Gewissensfreiheit im Recht der Kriegsdienstverweigerer, DÖV 1961, S.201 ff

Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band II, Karlsruhe 1960, S. 229 ff; zitiert ist der Nachdruck in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hrsg. v. E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 461 ff
zit.: Entwicklung

Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Grundgesetz, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 2, 2. Halbband, München 1953, S. 94 ff
zit.: Wehrbeitrag-Gutachten

Schickedanz, Erich

Geistlichenprivileg im Wehrrecht und Gleichheitssatz, NJW 1970, S. 1871 f

Schilling, Otto	Katholische Sozialethik, München 1929
Schlesinger, Walter	Herrschaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte, in: Herrschaft und Staat im Mittelalter, hrsg. v. H. Kämpf, Darmstadt 1956, S. 135 ff
Schmidt, Horst Günther	Das Sozialstaatsprinzip in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Diss. iur. Freiburg 1971
Schmidt-Bleibtreu, Bruno - Klein, Franz	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1969
Schmitt, Carl	Verfassungslehre, München und Leipzig 1928
	Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 181 ff
Schnorr, Gerhard	Sozialstaat - Ein Rechtsbegriff?, in: Festschrift für Hans Schmitz, Band II, Wien-München 1967, S. 256 ff
Schöllgen, Werner	Ohne mich! ... Ohne uns? Graz-Salzburg-Wien 1951
Schöpf, Bernhard	Das Tötungsrecht bei den frühchristlichen Schriftstellern, Regensburg 1958
Schöppe, Lothar	Konkordate seit 1800, Frankfurt/M.-Berlin 1964
Scholler, Heinrich	Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969

Schreuer, Hans	Die allgemeine Wehrpflicht, Bonner Vaterländische Reden und Vorträge während des Krieges VIII, Bonn 1915
Schrey, Heinz Horst	Für und wider den Wehrdienst der Theologen, MPTh 40 (1951), S. 5 ff
Schröder, Heinz	Der Rechtsbegriff der Gleichheit, Diss. iur. Münster 1961
Schüle, Adolf	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 106 f (Aussprache)
Schulz-Schaeffer, Helmut	Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1966
Schwan, Alexander	Katholische Kirche und pluralistische Politik, Tübingen 1966
Seidler, Franz W. - Reindl, Helmut	Die Wehrpflicht, München-Wien 1971
Seißer, Peter	Das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art 3 Abs 1 Grundgesetz) zu besonderen Gleichheitssätzen, Diss. iur. München 1969
Simitis, Spiros	Einleitung zu: Friedmann, Wolfgang: Recht und sozialer Wandel, Frankfurt/M. 1969
Simon, Erwin	Die katholische Militärseelsorge nach dem Codex Iuris Canonici und den dazu ergangenen Sonderbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung der Militärseelsorge in der Bundeswehr, Diss. iur. Erlangen-Nürnberg 1962

Skuhr, Werner — Die Stellung zur Demokratie in der deutschen Nachkriegsdiskussion über den "demokratischen und sozialen Rechtsstaat", dargestellt unter besonderer Berücksichtigung der Beiträge E. Forsthoffs, Diss. sc. pol. Berlin 1961

Stammler, Rudolf — Privilegien und Vorrechte, Halle a. S. 1903

Der Gedanke der Gerechtigkeit (1923), in: Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, Band II, Charlottenburg 1925, S. 393 ff

Steidle, Eduard — Kommentar zum Reichsmilitärgesetz, Würzburg 1898

Stein, Ekkehart — Lehrbuch des Staatsrechts, 2. Aufl., Tübingen 1971

Steinkamm, Armin A. — Die Streitkräfte, Würzburg 1967

Stern, Klaus — Stichwort "Sozialstaat", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966

Stratenwerth, Günter — Das rechtstheoretische Problem "Natur der Sache", Tübingen 1957

Stratmann, Franziskus — Krieg und Christentum heute, Trier 1950

Sturm, Gerd — Die Inkompatibilität, München 1967

Süsterhenn, Adolf	Gutachtliche Äußerung zur Frage, ob ein deutscher Wehrbeitrag im Rahmen eines kollektiven Sicherheitssystems eine Änderung des Grundgesetzes erfordert, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 2, 1. Halbband, München 1952, S. 260 ff
Suhr, Dieter	Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, DSt 9 (1970), S. 67 ff
Thielicke, Helmut	Theologische Ethik, Band II/2, Tübingen 1958
Thoma, Richard	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VDStRL 12 (1954), S. 3 ff (Eröffnungsansprache)
von Tiling, Peter	Die Mitwirkung der Kirchen im staatlichen Bereich, Diss.iur. Göttingen 1968
Tocqueville, Alexis de	Über die Demokratie in Amerika, Werke und Briefe, hrsg. v. J. P. Mayer, Th. Eschenburg, H. Zbinden, 1. Teil, Stuttgart 1959; 2. Teil Stuttgart 1962
Tomandl, Theodor	Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Tübingen 1967
Trillhaas, Wolfgang	Ethik, 2. Aufl., Berlin 1965

von Unruh, Georg Christoph	Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat, VDStRL 26 (1968), S. 157 ff (Bericht)
Vater, Kurt	Die Schranken der Religionsfreiheit nach Artikel 4 des Bonner Grundgesetzes und Artikel 9 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Diss. iur. Köln 1964
Wackernagel, Jacob	Über die Steuergerechtigkeit, Rektoratsrede, Basler Universitätsreden H. 38, Basel 1956
Waitz, Georg	Deutsche Verfassungsgeschichte, Band 1, 3. Aufl., Kiel 1880; Band 2/2, 3. Aufl., Kiel 1882; Band 4, 2. Aufl., Berlin 1885
Weber, Hermann	Grundprobleme des Staatskirchenrechts, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1970
	Grundprobleme des Staatskirchenrechts, JuS 1967, S.433 ff
Weber, Werner	Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., Berlin 1970,S.152 ff zit.: Gewaltenteilung
	Der deutsche Bürger und sein Staat, in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., Berlin 1970, S. 329 ff

Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, DSt 4 (1965), S. 409 ff

Die Vereinbarkeit des Verteidigungsbeitrages mit dem Grundgesetz, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 2, 2. Halbband, München 1953, S. 177 ff
zit.: Wehrbeitrag-Gutachten

Wehberg, Hans — Beruht das Recht zur Selbstverteidigung auf einer allgemeinen Regel des Völkerrechts? Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 2, 2. Halbband, München 1953, S. 191 ff

Weisel, Horst — Der Sozialstaatsgrundsatz des Bonner Grundgesetzes, Diss. iur. Marburg 1960

Weizsäcker, Wilhelm — Volk und Staat im deutschen Rechtssprichwort, in: Aus Verfassungs- und Landesgeschichte, Festschrift zum 70. Geburtstag von Theodor Mayer, Band I, Konstanz 1954, S. 305 ff

Werner, Fritz — Aus der Geschichte des Prinzips der Brüderlichkeit, in: Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt/M. 1969, S. 463 ff

	Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, Karlsruhe 1965
	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR 81 (1956), S. 84 ff
Wernicke, Kurt Georg	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff, Art. 3
Wettig, Gerhard	Entmilitarisierung und Wiederbewaffnung in Deutschland 1943 - 1955, München 1967
Wieacker, Franz	Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953
von Wiese, Leopold	Das Ich-Wir-Verhältnis, Berlin 1962
Wilkens, Erwin	Stichwort "Kriegsverhütung", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Wimmer, Peter	Freiheit in der Mitverantwortung für unseren Staat als Sozialstaat im Sinne des Grundgesetzes, Diss. iur. Köln 1967
Winkelvoß, Reimer	Die Verwirklichung des sozialen Rechtsstaats, DRiZ 1966, S. 332 ff

Wolany, Josef	Vom Sozialstaat und sozialen Recht, in: Forum der Rechtsphilosophie, hrsg. v. E.Sauer, Köln 1950, S. 141 ff
Wolf, Uvo Andreas	Ius Divinum, München 1970
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971; Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., München-Berlin 1967
	Die Gerechtigkeit als principium juris, Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 103 ff zit.: Sauer-Festschrift
	Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff zit.: Jellinek-Gedächtnisschrift
Wollschläger, Hermann	Stichwort "Militärseelsorge", Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. H. Kunst und S. Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966
Zacher, Hans F.	Soziale Gleichheit, AöR 93 (1968), S. 341 ff
	Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl 1969, S. 113 ff

Zeidler, Karl	Bundesverfassungsgericht und "Maßnahmegesetz", JZ 1960, S. 391 ff
Zeidler, Wolfgang	Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BGG, DÖV 1952, S. 4 ff
von Zezschwitz, Friedrich	Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, Diss. iur. Marburg 1967
Zimmermann, Jürg	Das Problem des Zivildienstes aus der Sicht des Militärhistorikers, ASMZ 1966, S. 383 f
Zwingenberger, Kurt	Wehrpflichtrecht, 2. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz o. J. (1966)
	Neuere Gesetzgebung zum Wehrpflichtrecht, RiA 1969, S. 161 ff
	Die Heranziehung zum Wehrdienst, RiA 1965, S. 1 ff
	Militärische und zivile Landesverteidigung, DÖV 1963, S. 893 ff

Weiteres Schrifttum

Bericht der Kommission für den Wehrdienstausgleich unter Vorsitz des Parlamentarischen Staatssekretärs des BMVert, Adorno, vom 28. Juni 1968
zit.: Adorno-Bericht

Wehrgerechtigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Bericht der Wehrstruktur-Kommission an die Bundesregierung vom 3. Februar 1971, hrsg. von der Wehrstruktur-Kommission im Einvernehmen mit der Bundesregierung
zit.: Bericht der Wehrstruktur-Kommission

L'Affaire Grandrath, hrsg. v. Conseil de l'Europe, Convention Européenne des droits de l'homme, Strasbourg 1967 = The Grandrath Case, hrsg. v. Council of Europe, European Convention on Human Rights, Strasbourg 1967

Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 2, 1. Halbband, München 1952; 2. Halbband, München 1953; Ergänzungsband, München 1958

Die Militair=Gesetze des Deutschen Reichs mit Erläuterungen, hrsg. auf Veranlassung des Königlich Preußischen Kriegs=Ministeriums, Band I, Berlin 1876/77

Der Deutsche Soldat in der Armee von morgen, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 4, München 1954

Weißbuch 1969, Zur Verteidigungspolitik der Bundesregierung, hrsg. vom Bundesminister für Verteidigung, veröffentlicht durch das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung

Weißbuch 1970, Zur Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und zur Lage der Bundeswehr, hrsg. v. Bundesminister der Verteidigung im Auftrage der Bundesregierung, veröffentlicht durch das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung.

Abkürzungsverzeichnis

a.	anders
a.A.	anderer Ansicht
AAS	Acta Apostolicae Sedis
Abg.	Abgeordneter
abl.	ablehnend
abw.	abweichend
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Archiv f.k.KR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
Art.	Artikel
ASMZ	Allgemeine Schweizerische Militärzeitschrift
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschr. für Arbeitsrechtspraxis)
BABl	Bundesarbeitsblatt
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BaWüVBl	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
Bayer. VerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGrenzSchG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz und die Einrichtung von Bundesgrenzschutzbehörden
BK	Bonner Kommentar
BMVert	Bundesminister für Verteidigung
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG
BWV	Bundeswehrverwaltung (Zeitschrift)
c.	Canon
CIC	Codex Iuris Canonici
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DSt	Der Staat
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung (Amtliche Sammlung)
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland
ErsatzDG	Gesetz über den zivilen Ersatzdienst
evStL	Evangelisches Staatslexikon
FN.	Fußnote
FWG	Feuerwehrgesetz
i.w.S.	im weiteren Sinne

JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurJahrb	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KatSchG	Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes
Lts.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MPTh	Monatsschrift für Pastoraltheologie
MVO	Musterungsverordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OKW	Oberkommando der Wehrmacht
Pr.GS.	Preußische Gesetzessammlung
RdA	Recht der Arbeit
Rdn	Randnote
RGBl	Reichsgesetzblatt
RiA	Das Recht im Amt
RK	Reichskonkordat
RMG	Reichsmilitärgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Sp.	Spalte
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
Sten.Ber.	Stenographische Berichte
UBWV	Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung
UK	unabkömmlich
VDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwR	Verwaltungsrecht
WG	Wehrgesetz
WP	Wahlperiode
WPflG	Wehrpflichtgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZDv	Zentrale Dienstvorschrift
Zeitschr.f.k.Th	Zeitschrift für katholische Theologie
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZivSchKG	Gesetz über das Zivilschutzkorps

Einleitung

Die vorliegende Arbeit besteht aus drei Teilen, die eine gewisse Selbständigkeit für sich in Anspruch nehmen.

Der erste Teil gibt einen Überblick über die Geschichte der allgemeinen Wehrpflicht und des Geistlichenprivilegs. Eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung erschien notwendig, da die Vor-Urteilshaftigkeit allen Verstehens einem ausgewogenen Urteil im Wege steht, wenn nicht unbewußte geschichtliche Vor-Verständnisse zuvor durchleuchtet werden[1]. Wie in jedem Fall, in dem nach der rechten Gleichheit gefragt wird, geht es bei dieser Untersuchung schließlich auch um Wertungen, die im Rechtsbewußtsein der staatlichen Gemeinschaft lebendig sind[2]. Wertungen sind nicht Recht. Sie wirken aber im Recht. Ein Konsens über die Vernünftigkeit einer Lösung und damit ein Konsens über "Recht" hängt davon ab, daß die Wertungen zunächst einmal sichtbar und dann durch rationale Argumentation gerechtfertigt werden[3]. Eine von der Geschichte losgelöste Wertneutralität ist auch für den Juristen eine Selbsttäuschung[4].

Der zweite Teil widmet sich besonders der Technik der juristischen Arbeitsmethode bei der Prüfung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes. Zur Rechtfertigung dieses Vorgehens sollen zwei Gründe genannt sein. Zum einen ist die von der Rechtsprechung zugrundegelegte Methode keineswegs so überzeugend, wie es die Kontinuität und Sicherheit

---

1) Hesse, Grundzüge S. 26
2) BVerfGE 1, 208 (249)
3) Esser S. 9, 168
4) Werner, AöR 81 (1956), 103

der Entscheidungsbegründungen vermuten lassen könnten[1], so daß eine Alternative zur Diskussion gestellt werden sollte. Zum anderen wurde zu zeigen versucht, daß die vom Thema angesprochenen Problemkreise, etwa das Verhältnis Staat-Kirche oder das Verhältnis Staat-Bürger, einen kontrollierbaren Platz im Rahmen der allgemeinen Gleichheitsprüfung einnehmen.

Der dritte Teil will mit den theoretischen Erkenntnissen des vorangegangenen Teils zu nachprüfbaren Ergebnissen kommen. Wenn zum Schluß Grundlagen für einen Wertungskonsens gelegt werden, wirken dort die Ergebnisse des geschichtlichen Teils auf das Gesamtergebnis.

---

1) vgl. Podlech, Gleichheitssatz S. 79

Teil A: Wehrpflicht und Geistlichenprivileg in der Geschichte

1. Die Waffenpflicht bei den germanischen Stämmen

Bedingt durch ihre Lebensweise, die Seßhaftigkeit und Feldarbeit zunächst nur zeitweilig kannte, war bei den germanischen Völkerstämmen ein allgemeines Kriegertum eine naturhafte Selbstverständlichkeit.
Aufbauend auf die Sippe als Wehreinheit bedeutete die Heeresversammlung gleichzeitig Volksversammlung. Nur Freie konnten Waffenträger sein. Sie aber unterlagen der Heerespflicht ohne Ausnahme[1]. Damit trug die Wehrpflicht eher den Charakter eines Wehrrechtes[2].
Zwei Wehrformen treten auf: das Aufgebot aller Waffenfähigen zur Verteidigung (defensio, lantweri) und die Heerfahrt Freiwilliger zwecks Beutezug und Landnahme (expeditio).
Wer sich der Verteidigungspflicht entzog, war ehrlos und vogelfrei[3]. Die Bewaffnung stellte jeder selbst. Etwas anderes galt für das ständige, freiwillige Gefolge eines adligen Anführers (comitatus): dieses wurde von ihm ausgerüstet und unterhalten[4].
Mit zunehmender Seßhaftigkeit trat eine Aufgabenteilung im Heerwesen ein, die man mit "Wechselwehrpflicht" bezeichnet hat[5]. Caesar berichtet, bei den Sueben hätten die Kämpfer des einen Jahres im folgenden Jahr die Feldarbeit übernommen und umgekehrt[6]. Die Fortentwicklung der Wechselwehrpflicht

---

1) von der Heydte, Staatslexikon Sp. 494
2) Schlesinger S. 143
3) Picht S. 124
4) Tacitus, Germania 12, 13
5) Jähns S. 28
6) De bello Gallico IV 1

führte später zur ständigen Übernahme des Kriegsdienstes durch einen Teil der Wehrfähigen, den Kriegerstand. Aufkommendes Grundeigentum, Handel und Gewerbe verursachten unterschiedlichen Wohlstand. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des einzelnen entschieden schließlich, welchen Einfluß er in der Heeresversammlung hatte[1].

Im Gegensatz zu den römischen Priestern, die vom Militärdienst befreit waren[2], beteiligten sich die germanischen Religionsdiener mit der Waffe am Kampf[3]. Das mag Caesar zu der Ansicht verleitet haben, bei den Germanen gäbe es keine Priester[4]. Tacitus beschreibt die germanischen Priester als Wahrer des Heerfriedens[5]. In dieser Eigenschaft übten sie die Strafgewalt im Heere aus, und zwar als Sühne für die Freveltat gegen den Kriegsgott als den Schützer des Heeres[6]. Wenn das Recht über Leben und Tod nach Caesar[7] den für den Krieg gewählten Führern zugestanden hätte, wären die Priester ausschließlich Vollstrecker der Strafe gewesen. Wahrscheinlich haben sie jedoch das Urteil gesprochen, nicht aber vollstreckt[8].

---

1) Jähns S. 74
2) Mommsen, 3. Bd. S. 243
3) Schreuer S. 10
4) De bello Gallico VI 21
5) Germania c 7
6) Gerhardt, Bd. 1 S. 43
7) De bello Gallico VI 23
8) Waitz, Bd. 1 S. 411

2. Das frühe Christentum und der Militärdienst

Während der Wanderung der germanischen Völkerschaften im 3. und 4. Jahrhundert mußten die Römer die Ansiedlung der Germanen an den Grenzen des Reiches notgedrungen zulassen. Sie brauchten die Germanen, um sich gegen die Germanen zu schützen[1]. Im römischen Heer diente etwa seit dem Jahre 170 n. Chr. eine große Zahl von Germanen als Söldner. Hier machten sie auch mit dem Christentum Bekanntschaft; nicht wenige nahmen den christlichen Glauben an.
Die Frage, ob der Christ Wehrdienst leisten dürfe, ist in der Kirche von Anfang an umstritten gewesen. Die Kirchenväter haben den Widerspruch zwischen christlichem Liebe-Gebot und der Tötung des Feindes im Kriege nicht zu lösen vermocht[2]. Die Stellungnahmen der einzelnen Interpreten stehen teilweise in einem krassen Gegensatz zu ihren eigenen Äußerungen[3]. Origines schreibt unter Hinweis auf die Befreiung der heidnischen, römischen Priester:

> Indem wir die Dämonen überwinden, die den Krieg erregen und den Frieden stören, leisten wir den Herrschern bessere Dienste als die, die das Schwert tragen. Mehr als jeder andere kämpfen wir für den Kaiser. Wir ziehen zwar nicht mit ihm ins Feld, auch nicht, wenn er es verlangt, aber wir kämpfen für ihn dadurch, daß wir ein eigenes Lager bilden, ein Lager der Frömmigkeit, von dem aus wir unsere Gebete zu Gott senden[4].

An anderer Stelle verurteilt er Kriege selbst nicht und verlangt nur, daß sie "iuste et ordinate" geführt werden müssen[5].

---

1) Jähns S. 143
2) vgl. Thielicke, Bd. II/2 S. 560 ff
3) Schöpf S. 204 ff
4) Contra Celsum VIII 73; zit. nach Hecker S. 3 FN. 1; vgl. auch Hofmann S. 450
5) Contra Celsum IV 82; zit. nach Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 4

Ähnliches gilt für Tertullian. Einerseits schreibt er den Gebeten der christlichen Soldaten eine außergewöhnliche Erhörungskraft zu[1], andererseits spricht er sich gegen die Meinung aus, daß Christen Soldaten sein könnten[2].
Neben unbekümmertem Kriegsdienst christlicher Soldaten - Julius Africanus z. B. nahm an sieben Feldzügen teil[3] - gab es Kriegsdienstverweigerer aus religiösen Gründen, so Maximilian in Afrika und Vitricius in Gallien[4]. Ursache für die Kriegsdienstverweigerung wird häufig der im Heer betriebene Kaiserkult gewesen sein, den die Christen ablehnten[5]. Der Heereseid erschien als Konkurrenz zur Taufe suspekt[6].
Es ist jedoch kein Fall aus den ersten Jahrhunderten bekannt, daß ein Kleriker Soldat geworden wäre[7]. Ein allgemeiner Zwang zum Wehrdienst schied aus, da die im Grundsatz zwar noch bestehende allgemeine Wehrpflicht der römischen Bürger seit Marius nicht mehr durchgeführt wurde.

3. Die Zeit nach dem Mailänder Edikt

Der Anfang des 4. Jahrhunderts brachte der christlichen Kirche die staatliche Anerkennung. Im Orient hatte Augustus Galerius mit seinen drei Mitregenten Maximinus Daza, Konstan-

---

1) L. ad. Scapulum, c. 4; zit. nach Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 4
2) De corona c. 11; zit. nach Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 5
3) Schöpf S. 236 ff
4) Lorson S. 96 ff; Hecker S. 3
5) Hamel evStL Sp. 1143 f
6) Trillhaas S. 429; Guggisberg S. 112
7) Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 6

tin und Licinius im Jahre 311 das erste Duldungsgesetz erlassen, das Maximinus Daza als Alleinherrscher im folgenden Jahr noch erweiterte[1].

Im Westen verlieh Kaiser Konstantin der Kirche durch das Mailänder Edikt vom Jahre 313 n. Chr. die Rechtsfähigkeit. Die Immunität des Klerus regelte dieses Edikt nicht. Sie ist aber in einem ebenfalls im Jahre 313 ergangenen Reskript des Kaisers Konstantin an den Prokonsul Anulinus in Afrika enthalten[2]. Dieser Erlaß galt nur in der dem Prokonsul unterstellten Provinz. Allgemeinverbindlichkeit hatte das wenig später erlassene Gesetz vom 31. Oktober 313, das in die offizielle Gesetzessammlung aufgenommen wurde[3]. Damit war der christliche Klerus von allen öffentlichen Lasten befreit und nahm dieselbe Rechtsstellung ein wie vordem die heidnische Priesterschaft[4]. Die Gesetze erwähnen die Befreiung vom Militärdienst zwar nicht ausdrücklich. Es besteht aber kein Zweifel, daß der Militärdienst zu den aufgeführten öffentlichen Lasten zählte[5].

Eine Reihe von nachfolgenden Gesetzen erweiterte die Befreiungsregelung[6]. Nachdem ein Zustrom zum Geistlichenberuf einsetzte, der ein lastenfreies Leben ermöglichte, erschwerten

---

1) Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 11 f
2) Grashof, Archiv f. k. KR 37 (1877), 257; Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 12
3) Codex Theodosianus XVI.2.2; vgl. Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 15
4) Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 15
5) Grashof, Archiv f. k. KR 37 (1877), 257 f; Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 15
6) vgl. die Aufzählung bei Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 15 ff. Sie galten im weströmischen Reich bis zum Jahre 440, Feine, S. 73.

einige Gesetze den Eintritt in den geistlichen Stand, indem die Zahl der Kleriker festgesetzt und das Ausscheiden aus dem bisherigen Stand verboten wurde[1].

Die Kirche trat nach ihrer Anerkennung in die Welt und in die Öffentlichkeit, die ihr bislang verschlossen geblieben waren[2]. Ihre Haltung zum Kriegsdienst wandelte sich offenbar. Sie fand ihren Ausdruck im Synodalbeschluß von Arles im Jahre 314. Der Canon 3 des Beschlusses lautete: "De his, qui arma proiciunt in pace placuit abstineri eos a communione" - nachdem Friede zwischen Staat und Kirche sei, müßten christliche Soldaten bei Vermeidung kirchlicher Strafen ihre Pflicht tun[3].

Es gab anscheinend viele Geistliche, die trotz der Befreiung freiwillig Kriegsdienst leisteten. Mehrere kirchliche Synoden ordneten die Bestrafung solcher Geistlichen an.

4. Die Wehrpflicht unter den Merowingern und Karolingern

Unter Chlodwig hörte die Entscheidung der Volksversammlung über die Heerfahrt auf[4]. Der König berief das Heervolk, das nicht mehr aus einheitlichem Volkstum bestand, lediglich zur Musterung in das "Märzlager"[5]. Er setzte ein bestimmtes Alter für den Beginn der Wehrpflicht fest: im 12. Lebensjahr hatte jeder Freie ohne Unterschied des Stammes den Treueid

---

1) dazu Grashof, Archiv f. k. KR 37 (1877), 268 ff, 282; Hofmann Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 461 ff, 466; Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 19 ff
2) Trillhaas S. 429
3) Übertragung streitig, vgl. Schöpf S. 237 einerseits, Guggisberg S. 113 andererseits
4) Conrad, Rechtsgeschichte S. 95 f
5) Jähns S. 146

zu leisten, der die Pflicht begründete, dem Aufgebot zu folgen[1].

Das ehemalige Aufgebot der Germanen unter gewählten Führern war auf diese Weise zum Heerbann geworden[2]. Aus der freien Gefolgschaft der Fürsten, dem Comitatus, entwickelte sich die trustis dominica[3]. Die "Antrustionen" leisteten als Berufskrieger einen besonderen Schwur in die Hand des Königs. Sie versahen in dem Vielvölkerstaat teilweise die Hofämter, verwalteten die Gaue, legten Stammrollen der Wehrpflichtigen an und boten die Mannschaft zum Kriege auf. Der König als oberster Kriegsherr stützte sich auf den so entstehenden fränkisch-römischen Adel[4]. Die Großen des Reiches umgaben sich mit Privatheeren, die sich aus Freien und Unfreien zusammensetzten[5].

Unter den Karolingern erforderte die Ausdehnung des Reiches weite und lange Kriegszüge. Durch die Kämpfe mit den Arabern im Westen und den Awaren im Osten sah man sich zu einer neuen Kampfesweise gezwungen[6]. Die feindlichen Bogenschützen machten eine aufwendige Rüstung erforderlich. Fußtruppen besaßen keinen Kampfwert mehr. Die Ausrüstung hatte einen Wert von etwa 20 Ochsen. Für viele stellte die Wehrhaftmachung nun ein finanzielles Problem dar.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Wehrpflichtigen entschieden fortan, wer von ihnen Kriegsdienst zu leisten hatte. Von einer Familie sollte jeweils nur einer zum Heereszug aufgeboten werden, entweder der Vater oder einer seiner Söhne. Minderbemittelte Wehrpflichtige wurden zu Gestellungsverbän-

---

1) Dannenbauer (S.63 f) ist der Ansicht,die Wehrpflicht habe für diejenigen bestanden,die "auf Königsland sitzen" bzw. in Militärposten angesiedelt waren.Schäfer (S.455,460 ff) hat auf die verschiedene Entwicklung des Wehrwesens in den einzelnen Gegenden Deutschlands aufmerksam gemacht und auf die besondere Wehrverpflichtung in den umwallten Plätzen hingewiesen.

2) a. A. Quaritsch (Souveränität S.244): es sei bis ins hohe Mittelalter bei der Landwehr aller Waffenfähigen und der Heerfolge Freiwilliger geblieben.

3) Hermann S. 29

4) Jähns S. 149

5) Schäfer S. 454

6) streitig, vgl. die Hinweise bei Conrad, Rechtsgeschichte S. 150

den zusammengeschlossen[1]. Darin konnten bis zu sechs Männer verbunden sein. Nur einer leistete Kriegsdienst; die übrigen hatten Ausrüstung und Unterhalt zu finanzieren[2]. Mit der Überwachung der Gestellungsverbände und der Auswahl des Kriegstüchtigsten aus einem Verband wurden die Grafen betraut[3]. Wer aus wirtschaftlichen Gründen nicht am Feldzug teilnehmen konnte, war zu Verteidigungsaufgaben innerhalb des Landes verpflichtet[4].

Von der Heerfolge befreit war der aufgebotene Wehrpflichtige bei echter Not (Brand des Hauses, Todesfall aus der Verwandtschaft im eigenen Hause, Krankheit). Kaufleute konnten grundsätzlich Befreiung erlangen, wenn sie sich der Munt des Königs unterstellten und eine Abgabe erbrachten[5].

Bei der Feststellung der Wehrpflicht der übrigen - die allgemeine Wehrpflicht galt als Untertanenpflicht fort und fand ihren Ausdruck im Eid[6] - wurde das Vermögen nach Grundeigentum beurteilt[7]. Wer weniger als 3 - 5 Hufen Land besaß, brauchte keinen Kriegsdienst zu leisten[8]. Um diese Pflicht zu vermeiden, übertrugen viele Freie ihr Eigentum einem Patron (senior), der ihnen den Besitz der Sache beließ (sog. extranei). Wer nichts einzubringen hatte, konnte sich ebenfalls in den Schutz des Patrons begeben und lebte dann an dessen Hof (sog. familiae). Diese Unterordnungsverhältnisse bezeichnete man als mitium. Als Gegenleistung gewährte der senior Schutz und Unterhalt. Er konnte beliebig viele vom Kriegsdienst freistellen[9].

---

1) Aachener Kapitular v. 807, vgl. Jähns S. 159
2) das adiutorium, eine frühe Wehrsteuer, Neumann, Finanz-Archiv 4 (1887), 123
3) Conrad, Wehrpflicht S. 10; den Grafen oblag auch die Organisation der Landesverteidigung, Fehr S. 401.
4) Conrad, Wehrpflicht S. 9
5) in bar als heriscilling, in Naturalien als herimalder, Neumann Finanz-Archiv 4 (1887), 124
6) Cap. missorum generale v. 862, bei Conrad,Wehrpflicht S.6
7) Waitz, Bd.4 S.532fist der Ansicht, die Wehrpflicht habe nur für Grundeigentümer bestanden.
8) Neumann, Finanz-Archiv 4 (1887), 123
9) Jähns S. 153

Neben den Wehrpflichtigen aus dem Aufgebot bestand das fränkische Heer aus - freien und unfreien - Vasallen. Die Vasallität wies ähnliche Züge zur germanischen Gefolgschaft auf[1]. Im Unterschied zur öffentlichrechtlichen Gefolgschaft war sie jedoch privatrechtlicher Natur[2] und im gallo-römischen Rechtskreis als Dienstverhältnis eines Unfreien zu seinem Herrn entstanden. Später begaben sich auch Freie unter Vorbehalt ihrer Freiheit durch Handreichung (commendatio) in die Vasallität. Nun trat die Bezeichnung "Vasallen" an die Stelle von "Antrustionen".

An seine ihm ergebenen Vasallen verteilte der König - notfalls auch aus Kirchengut - die Beneficien zu Lehen[3]. Diese reichten daraus Beneficien an ihre eigenen Gefolgsleute (vavassores) weiter. Aus Beneficium und Lehnswesen entstand die Feudalität, die wichtigste Grundlage der mittelalterlichen Kriegsverfassung. Karl d. Gr. setzte die Zahl der vavassores, die Bischöfe, Fürsten und Grafen vom Wehrdienst befreien konnten, gesetzlich fest. Ein Capitular vom Jahre 786 gestattete denjenigen Unfreien, die von ihrem senior ein Amt erhalten hatten (ministeriales), Waffen zu tragen. Damit wurden sie waffenfähig und wehrpflichtig[4].

Im 9. Jahrhundert bereits hing die Verpflichtung zum Wehrdienst zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich von einem Lehen ab. Aus dem persönlichen Waffenrecht der alten Zeit war eine "Reallast" geworden[5]. Versäumnis der Heerfolgepflicht hatte den Verlust des Lehens zur Folge[6]. Die Heere bestanden im wesentlichen aus den Vasallen der verschiedenen Stufen und den Ministerialen, von den seniores geführt. Selbst der König wurde als "senior" bezeichnet.

---

1) Mayer S. 31, 41
2) Gerhardt, Bd. I S. 148; Quaritsch, Souveränität S. 231; Schäfer S. 454; abweichend Fehr S. 389, 418
3) Koeniger S. 8; Mayer S. 55
4) Jähns S. 156; Fehr S. 397
5) Jähns S. 180
6) Conrad, Rechtsgeschichte S. 153

5. Die Geistlichen im merowingischen und karolingischen Heer

Die Geistlichkeit war vom Wehrdienst außer bei feindlichen Einfällen in das Land befreit[1]. Zur Verteidigung war sie auch zum Waffendienst verpflichtet[2]. Die Geistlichen nahmen jedoch häufig freiwillig an Kriegszügen teil, trotz der ihnen kirchlicherseits angedrohten Strafen. Die Zeit war von einer besonderen Gewalttätigkeit gekennzeichnet, die bei Laien und Geistlichkeit gleich war[3].
Bischöfe und die ihnen anfangs noch unterstellten Äbte[4] waren auf Grund des Grundbesitzes der Kirchen als seniores staatsrechtlich verpflichtet, ihre Dienstmannen (homines) und Lehensleute ins Feld zu führen[5]. Sie selbst kämpften normalerweise mit. Auf einen Bericht des Bonifatius hin ordnete Papst Zacharias die Absetzung solcher Bischöfe an[6]. Das Konzil von Chalon hatte bereits im Jahre 579 die Bischöfe Solonius und Sagittarius wegen ihrer Kriegsleidenschaft abgesetzt[7]. Auf dem sog. germanischen Nationalkonzil von 742 wurde in Canon 2 das Verbot des Kriegsdienstes erneuert; auf einem Feldzug durfte jeder Fürst höchstens zwei Pfalzpriester, jeder Befehlshaber (Praefekt, Graf) lediglich einen Priester bei sich dulden, und zwar nur zur Feier des Meßopfers, zur Mitführung der Reliquien und zur Entgegennahme der Beichte. Unter Karlmann galt in Austrasien ein Königsgesetz mit diesem Inhalt aus dem Jahre 742.
Unter Karl d. Gr. und seinen Nachfolgern blieb es bei der Teilnahme der Bischöfe und Äbte am Kriegszug.

---

1) Koeniger S. 10
2) So schon bei den Westgoten und Langobarden, Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 22 ff.
3) Hauck, Bd. 1 S. 200
4) Waitz, Bd. II/2 S. 66
5) Waitz, Bd. II/2 S. 64; Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 27 f
6) Textauszug bei Koeniger S. 12 FN. 1
7) Koeniger S. 10; Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 25 f

Die Streitfrage, ob Karl d. Gr. nach Ermahnung des Apostolischen Stuhles den Waffendienst der hohen Geistlichkeit untersagte, ist heute geklärt. Karl d. Gr. bestand darauf, daß die Bischöfe und Äbte Truppen auszurüsten und im Kampf anzuführen hatten[1]. Nicht wenige von ihnen sind im Kampf gefallen[2]. Die Gegenmeinung[3] beruft sich auf gefälschte Quellen, wie Dänhardt nachweist[4]. Zwar erneuerte Karl in seinem 1. Capitulare von 769 das Karlmannsche Gesetz aus dem Jahre 742. Offenbar hat er aber nicht für die Einhaltung gesorgt. Als Papst Hadrian I. auf die Erneuerung des Verbotes drängte, untersagte Karl den Militärdienst nur für den niederen Klerus[5]. Beim Kriegsdienst des höheren Klerus blieb es bis zum Ende des Mittelalters[6], obwohl Kaiser Friedrich II das privilegium immunitatis der Geistlichen durch Reichsgesetz anerkannte[7].

6. Das Ende der allgemeinen Wehr im Hl. Römischen Reich deutscher Nation

Die Entwicklung des Militärwesens unter den Karolingern bedeutete praktisch das Ende der allgemeinen Wehrpflicht. Im 10. Jahrhundert trat fast nur noch das Ritterheer als Berufsheer auf. Das Fußvolk der Wehrpflichtigen diente allenfalls zur Landesverteidigung. Die Städte entzogen sich mit dem Aufkommen des Geldwesens der lästigen Wehrpflicht, indem sie Söld-

---

1) Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 36 ff
2) Hauck, Bd. 2 S. 731; Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 30
3) Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 463 f; Koch S. 42 und ihm folgend Bleese S. 16
4) Klerus und Militärdienst S. 33 ff
5) Admonitio generalis vom 23. März 789; vgl. Koeniger S. 28; Textauszug bei Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 35
6) Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 40 f
7) "Item nulla" v. 22. Nov. 1220

ner anwarben. Seit dem 12. Jahrhundert hielten sich auch die Fürsten Söldnertruppen, die durch ihre neuartige Bewaffnung mit der Pike wieder als Fußtruppen zum Einsatz kamen[1]. Verschiedene Ansätze im Spätmittelalter, ein Volksheer zur Landesverteidigung aufzustellen, so der Aufruf der Fürsten und Stände in Nürnberg 1428[2], das Aufgebot des Augsburger Reichstages von 1500[3] und die Existenz von Wehrverbänden und Bürgerwehren in den Städten, belegen nur, daß der Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht nicht völlig untergegangen war. In der Praxis bestimmten jedoch die Söldnerheere das Bild[4].

Auch die entstehenden absolutistischen Staaten stützten sich auf die allgemeine Wehrpflicht der Untertanen. Sie nutzten die Wehrkraft der Bevölkerung allerdings nur in vergleichsweise geringem Umfang zur Rekrutierung für das staatliche stehende Heer (miles perpetuus). Als Neuerung legte vor allem Preußen Musterungsbezirke (Kantone) für die Aushebung der Rekruten fest. Dabei pflegte man einerseits auf eine natürliche Wehrpflicht der Untertanen hinzuweisen, andererseits eine große Zahl von Exemtionen festzulegen, wozu regelmäßig auch die Geistlichkeit gehörte[5]. Von einer wirklich allgemeinen Wehrpflicht kann in Deutschland erst seit den Befreiungskriegen gesprochen werden.

---

1) Schäfer S. 459 f
2) Conrad, Wehrpflicht S. 20
3) Conrad, Wehrpflicht S. 21
4) das Söldnerwesen schildert Jähns S. 203, 214 ff, 243 ff, 258 ff
5) so das "Edikt wegen Aufhebung der gewaltsamen Werbung" König Friedrich Wilhelms I v. 9.5.1714, die Kantonreglements von 1733 und 1788 in Preußen, vgl. Huber, Heer und Staat, S. 95; s. a. die bayerische "Höchst-Landesherrliche Verordnung das Militär-Kantons-Reglement betreffend" v. 7. Jänner 1805, abgedruckt bei Frauenholz, Entwicklungsgeschichte, Bd. 5 S. 274, 276

Ohne eine allgemeine Wehrpflicht entfiel auch eine Wehrverpflichtung der Geistlichen, soweit sie nicht als Feudalherren in den Kampf zogen. Auch die Pflicht zur Verteidigung bei feindlichen Einfällen in das Land bestand später nicht mehr[1]. Der Geistliche kam mit dem Militär nur noch als Militärseelsorger[2] in Berührung. Am Rande sei erwähnt, daß im absolutistischen Staat die Geistlichen die Personenstandslisten zu liefern hatten, die als Grundlage für die Rekrutierung nach dem Kantonsreglement dienten[3]. Sie hatten das Kantonsreglement in jedem Sommer der Gemeinde von den Kanzeln vorzulesen[4]. Auch in Bayern appellierten vorzugsweise die Geistlichen an den Wehrwillen der Bürger[5].
Die Kirche war bei dem Verbot des Waffentragens für Kleriker geblieben. Die vielen Bestimmungen der Lokal- und Provinzialsynoden[6] führten schließlich zum entsprechenden Erlaß des Papstes Clemens V. (1305 - 1314), der für die Gesamtkirche verbindlich war und von Johann XXII. (1316 - 1334) in das offizielle Gesetzbuch der Kirche übernommen wurde[7]. Für das Konzil von Trient war die immunitas personalis bereits eine Selbstverständlichkeit[8].

---

1) Fehr S. 391, 398 ff, 418
2) vgl. dazu Bleese S. 15 ff
3) Händel S. 30
4) Händel S. 34
5) vgl. z. B. den "Aufruf zu einer nationalen Landesverteidigungsspende" v. 31. März 1794, abgedruckt bei Frauenholz, Entwicklungsgeschichte, Bd. 5 S. 263, 267
6) dazu Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 42 ff
7) Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 52; nach Plöchl, Bd. 2 S. 191 hat Papst Honorius III. (1216 - 1227) die Immunitätsregeln kanonisiert.
8) Conc. Trid. Sess. 25, c. 20, de reform; Textauszug bei Dänhardt, Klerus und Militärdienst S. 55 FN. 61

7. Die Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht in den deutschen Staaten

Preußen führte die allgemeine Wehrpflicht durch die "Verordnung über die Aufhebung der bisherigen Exemtion von der Kantonpflichtigkeit für die Dauer des Krieges" vom 9. Februar 1813[1], die "Verordnung über die Organisation der Landwehr" vom 17. März 1813[2] und die "Verordnung über den Landsturm" vom 21. April 1813[3] ein. Nach dem siegreichen Feldzug setzte der König diese Gesetze vom Hauptquartier Paris aus zunächst außer Kraft[4], erließ aber dann auf Betreiben des Kabinetts das "Gesetz über die Verpflichtung zum Kriegsdienste" vom 3. September 1814[5], die Grundlage für die allgemeine Wehrpflicht bis zum Wehrgesetz von 1867.
Das Gesetz vom 9. Februar 1813 nahm "in geistlichen Aemtern stehende junge Männer" vom Dienst im stehenden Heer aus[6]. Die Befreiung der im Amte stehenden Geistlichen vom Dienst in der Landwehr sprach eine "Allerhöchste Kabinetsordre" vom 6. April 1813 aus[7]. Nach §§ 1, 5 der Verordnung über den Landsturm hatten alle Staatsbürger, die nicht beim stehenden Heer oder der Landwehr Dienst taten, im Landsturm dem Feind mit Waffen aller Art entgegenzutreten. Eine ausdrückliche Ausnahme für die Geistlichen gab es hier nicht. In § 28 der Verordnung heißt es aber:

> Ich hege zu der Geistlichkeit des Landes das noch nie getäuschte Vertrauen, dass sie dem Volke den Geist und Zweck aller dieser Vorschriften wieder-

1) Pr. GS. 1813 S. 13 Nr. 3
2) Pr. GS. 1813 S. 36 Nr. 163, vervollständigt S.109 Nr.196
3) Pr. GS. 1813 S. 79 Nr. 184
4) Allerhöchste Kabinettsordre vom 27. Mai 1814, Pr. GS. 1814 S. 62 Nr. 232
5) Pr. GS. 1814 S. 79 Nr. 245, das sog. Boyen'sche Gesetz
6) Pr. GS. 1813 S. 13 Nr. 3, Ziff. 5, abgedr. bei Frauenholz, Entwicklungsgeschichte, Bd. 5 S. 144 f
7) Pr. GS. 1813 S. 63 Nr. 173, abgedr. bei Frauenholz, aaO S. 158

> holt erklären und einprägen, ja, dass sie die ihrer Seelsorge anvertrauten Gemeinden in keinem Drangsale und in keiner Gefahr aus den Augen verlieren, oder von ihnen weichen werden[1].

Dem darf wohl entnommen werden, daß ein Waffendienst der Geistlichen nicht beabsichtigt war. Sie sollten offenbar in ihrer Gemeinde, die ja ohne weiteres Kampfgebiet werden konnte, die moralische Kampfkraft sichern. - Der Landsturm brauchte in den Freiheitskriegen nicht in Tätigkeit zu treten[2].

In Bayern war den Geistlichen nach Art. 58 c des Konskriptionsgesetzes vom 29. März 1812[3] "die Entlassung aus der Militärpflichtigkeit bewilliget", sie brauchten demnach im aktiven Heer keinen Dienst zu leisten. Vom Dienst in der "Nazional-Garde II. Klasse"[4] befreite sie Art. 3 c der "Allgemeinen Verordnung das Aufgebot und die Mobilisierung der Nazional-Garde II. Klasse betreffend" vom 28. Februar 1813[5]. Den Dienst in der "Nazional-Garde III. Klasse"[6] konnten sie gemäß Art. 4 der "Königliche(n) Allerhöchste(n) Verordnung, die allgemeine Landes-Bewaffnung betreffend" vom 27. Oktober 1813[7] durch eine Geldzahlung ablösen.

Es kann daher festgehalten werden, daß die Geistlichen während der Befreiungskriege keinen Waffendienst zu leisten hatten.

Während die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern vom 26. Mai 1818 in Titel IX § 1 den geistlichen Stand von der Pflicht, Waffen zu tragen, ausnahm[8], sah das Boyen'sche Wehrgesetz von 1814 keine Befreiung vor.

---

1) Pr. GS. 1813 S. 79 Nr. 184, abgedr. bei Frauenholz, aaO S. 164 f
2) Frauenholz, aaO S. 13
3) abgedruckt bei Frauenholz, aaO S. 331, 335
4) der preußischen Landwehr entsprechend
5) abgedruckt bei Frauenholz, aaO S. 345
6) Bürgermilitär, dem preußischen Landsturm entsprechend
7) abgedruckt bei Frauenholz, aaO S. 353
8) Text bei Frauenholz, aaO S. 363. In Bayern kehrte man im übrigen zum Konskriptionssystem mit Stellvertretung zurück.

Nachdem eine Instruktion aus dem Jahre 1817 die Befreiung vom Dienst in der Landwehr aufgehoben hatte[1], verstärkte sich die Opposition gegen dieses Gesetz[2] durch die Stimmen, die die Wiedereinführung des Geistlichenprivilegs verlangten[3].

In Preußen sah man sich u. a. wegen der wirtschaftlichen Misere nicht in der Lage, alle Wehrpflichtigen auszubilden. Es wird auch eine übertriebene Sparsamkeit eine Rolle gespielt haben[4]. Diese Situation erleichterte jedenfalls die Freistellung der katholischen Theologiestudenten, die eine ministerielle Verfügung aus dem Jahre 1835 anordnete. Das gleiche galt für evangelische Theologen seit 1855[5]. Diese Befreiungen sollten lt. einer Ministerialverfügung nur bis zum Ende des Jahres 1869 gewährt werden[6]. Es wurde aber auch in den Folgejahren wie bisher verfahren[7].

---

1) Abg. Wehrenpfennig, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 2. Legislaturperiode, I. Session 1874, 33. Sitzg. am 16. 4. 1874, S. 856
2) ausführlich dazu Mürmann S. 22 ff
3) Wortführer waren u. a. Görres (siehe "Die Uebergabe der Adresse der Stadt Coblenz", Görres, Politische Schriften S. 10) und Schuderoff (zitiert bei Mürmann S. 43)
4) Jähns S. 396
5) Liermann Sp. 1559
6) Hinschius, Bd. 1 S. 126 FN. 1; Schrey MPTh 40 (1951), 5
7) Abg. Wehrenpfennig, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 2. Legislaturperiode, I. Session 1874, 33. Sitzg. am 16. 4. 1874, S. 856

8. Allgemeine Wehrpflicht und Geistlichenprivileg im Deutschen Reich

Nachdem die Verfassung für den Preußischen Staat vom 21. Januar 1850 in Art. 34 den Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht bekräftigt hatte, bestimmte § 1 des Wehrgesetzes von 1867[1], das ab 1871 als Reichsgesetz fortgalt:

> Jeder Norddeutsche[2] ist wehrpflichtig und kann sich in Ausübung dieser Pflicht nicht vertreten lassen. Ausgenommen von der Wehrpflicht sind nur:
>
> a. die Mitglieder regierender Häuser;
> b. die Mitglieder der mediatisierten ... Häuser ...
>
> Diejenigen Wehrpflichtigen, welche zwar nicht zum Waffendienste, jedoch zu sonstigen militairischen Dienstleistungen, welche ihrem bürgerlichen Berufe entsprechen, fähig sind, können zu solchen herangezogen werden.

Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871[3] betonte in Art. 57 und 58 die Wehrpflicht jedes Deutschen und die gleiche Verteilung der Lasten.
Eine gesetzliche Lockerung der Wehrdienstpflicht der Geistlichen trat erst wieder durch das Reichsmilitärgesetz von 1874 ein. § 65 Abs. II RMG bestimmte:

> Personen des Beurlaubtenstandes und der Ersatzreserve, welche ein geistliches Amt in einer mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehenden Religionsgesellschaft bekleiden, werden zum Dienste mit der Waffe nicht herangezogen. Außerdem findet auf dieselben die Bestimmung des ersten Absatzes dieses Paragraphen Anwendung.

---

1) "Gesetz betreffend die Verpflichtung zum Kriegsdienste" vom 9. November 1867 (BGBl 1867, S. 131)
2) ab 1871 "Jeder Deutsche"
3) RGBl 1871 S. 63

Nach Abs. I durften bestimmte Beamte bei einer Mobilmachung hinter den ältesten Jahrgang der Landwehr zurückgestellt werden, wenn ihre Stellen nicht unbesetzt bleiben konnten und auch keine Vertretung möglich war.
Diese Vorschrift befreite vom Dienst mit der Waffe im Kriege, nicht von der Ausbildung an der Waffe im Frieden[1]. Man glaubte wegen des Prinzips der allgemeinen Wehrpflicht, keine Konzessionen bei dem gleichen Wehrdienst machen zu dürfen[2].
§ 65 RMG stellte absichtlich auf das "geistliche Amt" ab, nicht auf die seelsorgerische Tätigkeit oder auf die persönliche Qualität des Geistlichen, so daß der Empfang von Weihen allein keine Waffendienstbefreiung bzw. Zurückstellung im Kriegsfall auslösen konnte[3]. Das Amt wurde zur Voraussetzung gemacht, weil man staatlicherseits mit kirchlichen Manipulationen, etwa einer Vorwegnahme der Subdiakonatsweihe, rechnete[4].
Im Kriegsfalle sollten die Geistlichen also entweder zurückgestellt oder im waffenlosen Dienst, z. B. in der Krankenpflege oder Seelsorge, eingesetzt werden[5].
Diese Regelung entsprach hinsichtlich des Dienstes der Geistlichen im Kriege auch kirchlichen Vorstellungen; nicht jedoch für die Friedenszeit, in der die militärische Ausbildung und die Wehrübungen abzuleisten waren. Da die Geistlichen das

---

1) vgl. Abg. Wehrenpfennig, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 2. Legislaturperiode, I. Session 1874, 33. Sitzg. am 16. 4. 1874, S. 856
2) Bundeskommissar Blume, aaO S. 858
3) Die Militair-Gesetze des Deutschen Reichs, II-54, § 65 RMG Anm 2
4) Abg. Wehrenpfennig und Bundeskommissar Blume, aaO S. 856 bzw. 859
5) Die Militair-Gesetze des Deutschen Reichs, II-54, § 65 RMG Anm 2 ; Deutsche Wehrordnung 1888 § 118 Ziff. 5, § 103 Ziff. 7

Einberufungsalter regelmäßig hinter sich und nach § 3 des Gesetzes vom 6. Mai 1880[1] bzw. § 13 Abs. VI des Gesetzes vom 11. Febr. 1888[2] keine Übungen zu machen hatten[3], betraf der beschriebene Tatbestand in erster Linie die Theologiestudenten.

Zwar konnten nach § 22 RMG Theologiestudenten ausnahmsweise zurückgestellt werden. Hierfür galt der "Gemeinschaftliche(r) Erlaß des Reichskanzlers und des Preußischen Kriegsministers" vom 23. Juli 1874[4]. Danach durfte die Befreiung vom Militärdienst nur denjenigen Theologiestudenten gewährt werden, die über 23 Jahre alt waren. Diese Verfügung blieb ausdrücklich der Ministerialinstanz vorbehalten. Da die Einberufung normalerweise vor dem 23. Lebensjahr der Rekruten stattfand, konnte eine Zurückstellung eines Theologiestudenten nur in ganz seltenen Fällen praktisch werden. Eine Gruppenzurückstellung ließ § 22 RMG nicht zu.

Die gesetzliche Befreiung oder Zurückstellung der Theologiestudenten vom Wehrdienst im Frieden machte sich vor allem die Zentrumspartei zur Aufgabe[5]. Das Amendement von 1874 verwarf das Plenum in der Abstimmung vom 16. April 1874[6].

---

1) 1. Novelle zum RMG, RGBl 1880, S. 103
2) 4. Novelle zum RMG, RGBl 1888, S. 11
3) beide Vorschriften stellen nicht auf die Verwaltung eines geistlichen Amtes, sondern auf Ordination und Priesterweihe ab, vgl. Steidle S. 45
4) abgedruckt in: Die Militair-Gesetze des Deutschen Reichs, II-32, § 22 Anm
5) vgl. Abg. Hauck und Moufang, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstags, 2. Legislaturperiode, I. Session 1874, 33. Sitzg. am 16. 4. 1874, S. 854 bzw. 856
6) Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstags, aaO S. 860; vgl. Steidle S. 20 f

Bei der Militärvorlage des Jahres 1886 machte die Zentrumsfraktion einen neuen Vorstoß. Der Antrag auf Zurückstellung wurde aber bereits in der 2. Lesung der Reichstagskommission zur Vorberatung des Militärgesetzes überstimmt und gelangte nicht vor das Plenum[1].

Erst das Gesetz vom 8. Febr. 1890[2] brachte die Zurückstellung. Der einzige Paragraph des Gesetzes lautete:

> Militärpflichtige römisch-katholischer Konfession, welche sich dem Studium der Theologie widmen, werden in Friedenszeiten während der Dauer dieses Studiums bis zum 1. April des siebenten Militärjahres[3] zurückgestellt. Haben dieselben bis zu dem vorbezeichneten Zeitpunkte die Subdiakonatsweihe empfangen, so werden diese Militärpflichtigen der Ersatzreserve überwiesen und bleiben von Übungen befreit[4].

Es ergab sich für den Wehrdienst der Theologiestudenten und Geistlichen für die Zeit nach 1890 folgendes Bild:

Im Frieden war der katholische Theologiestudent vom Wehrdienst zurückgestellt; nach Empfang der Subdiakonatsweihe erlosch die Pflicht zum Wehrdienst mitsamt den Übungen. Die Priesterweihe und die Übernahme eines geistlichen Amtes spielten keine Rolle.

Im Kriegsfall bzw. bei einer Mobilmachung mußte der katholische Theologiestudent Wehrdienst und damit auch Waffendienst leisten, da das Gesetz vom 8. Febr.1890 nur für Friedenszeiten galt[5]. Der Priester, der ein geistliches Amt verwaltete, konnte nach § 65 Abs. 1 RMG zurückgestellt werden oder hatte

---

1) dazu im einzelnen auf S. 23
2) 6. Novelle zum RMG (RGBl 1890, S. 23)
3) das war das Jahr, in dem das 26. Lebensjahr vollendet wurde
4) entsprechend lauteten die §§ 29 Ziff. 4 b und 32 Ziff.2 f der Deutschen Wehrordnung
5) Abg. von Huene, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 7. Legislaturperiode, V. Session 1889, 36. Sitzg. v. 12. 12. 1889, S. 867; Steidle, S. 194

nach § 65 Abs. 2 RMG waffenlosen Kriegsdienst zu leisten. Eine Heranziehung zum Waffendienst im Kriege schloß § 65 Abs. 2 RMG aus.
Für die evangelische Kirche und andere Religionsgemeinschaften galt nur § 65 RMG, wonach Amtsträger bei einer Mobilmachung zurückgestellt oder zum waffenlosen Dienst herangezogen wurden. Die Verpflichtung zum Wehrdienst im Frieden, die allerdings wegen des Einberufungsalters hauptsächlich die Theologiestudenten betraf, bestand in vollem Umfang.

Diese unterschiedliche Behandlung entsprach dem Willen zahlreicher evangelischer Theologen und Pfarrer. Als die Zentrumspartei im Jahre 1886 die Zurückstellung für alle Konfessionen beantragte[1)], erhob sich in der evangelischen Öffentlichkeit ein Sturm des Protestes. Man sprach geradezu von einem "jesuitischen Danaergeschenk an die evangelische Kirche"[2)]. Ein sogleich gestellter Unterantrag korrigierte den Antrag der Zentrumspartei in der Weise, daß er nur katholische Theologiestudenten betraf[3)]. Damit war der Aktion des Zentrums der Schwung genommen. Der Antrag wurde in der 2. Lesung der Reichstagskommission zur Vorberatung des Militärgesetzes von 1886 mit 18 gegen 10 Stimmen abgelehnt und gelangte nicht mehr ins Plenum[4)]. Ein ähnliches Schicksal hatte der ebenfalls paritätisch gefaßte Antrag des Zentrums vom 30. Okt. 1889[5)]. Die Gegenanträge der Abgeordneten Delbrück

1) Abänderungs-Antrag Reichensperger und Frhr. von Heereman vom 9. 12. 1886, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 6. Legislaturperiode, IV. Session 1886/87, Anlagenband Nr. 47
2) zitiert bei Schrey MPTh 40 (1951), 8 ff. Dort ist die Aktivität gegen die Wehrdienstbefreiung ausführlich dargestellt.
3) Unter-Antrag Frhr. von Maltzahn-Gültz, aaO Nr. 48
4) vgl. Abg. Reichensperger und Windthorst, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 7. Legislaturperiode, V. Session, 1889/90, 36. Sitzg. v. 12. 12. 1889, S. 870 bzw. 877
5) Antrag des Abg. Frhr. von Huene, Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 7. Legislaturperiode, V. Session 1889/90, Anlagenband Nr. 38 und Nr. 38 (berichtigt, S.303)

und von Kleist-Retzow nahmen wiederum die evangelischen Theologen von dem "privilegium odiosum" aus[1]. Obwohl der Antrag "von Huene" in der 2. Beratung mit deutlicher Mehrheit angenommen wurde[2], stimmte das Plenum in der 3. Beratung für den Antrag "von Kleist-Retzow und von Kardorff", der dem Antrag "Delbrück" fast wortgetreu entsprach[3]. Das Gesetz vom 8. Febr. 1890 begünstigte demzufolge nur die katholischen Theologiestudenten. Der Reichstag hatte allerdings für die vom Abgeordneten von Kleist-Retzow vorgelegte Resolution gestimmt, wonach Theologiestudenten auf ihren Antrag im Verwaltungswege gestattet werden sollte, nach einem halbjährigen Dienst mit der Waffe das zweite Halbjahr in der Krankenpflege zu dienen[4]. Angesichts der großen Zahl von Petitionen evangelischer Theologiestudenten und Pfarrer, die die Weitergeltung der Wehrdienstpflicht gefordert hatten[5], als die Annahme des Antrags der Zentrumspartei bekannt geworden war, hatte diese Alternative praktisch keine Auswirkung.

Bei der Haltung der evangelischen Theologen standen nicht theologische, sondern soziologische Erwägungen im Vordergrund, z. B. der erzieherische Wert des Militärdienstes und eine allgemeine Hochschätzung des Soldatenstandes als Vervollkommnung des Staatsbürgers[6]. Sie blieb auch in

---

1) aaO S. 873 und Anlagenband Nr. 97 bzw. 98
2) aaO S. 882
3) Sten. Ber. über die Verhandl. des Reichstages, 7. Legislaturperiode, V. Session 1889/90, 46. Sitzg. v. 18. 1. 1890; S. 1082, 1091 und aaO, Anlagenband Nr. 112/115. Steidle nimmt zu Unrecht an, der abgeänderte Antrag "von Huene" sei angenommen worden.
4) aaO S. 1091
5) Abg. Kohli, aaO S. 1082 und Mündlicher Bericht der Kommission für die Petitionen, aaO, Anlagenband Nr. 114
6) Abg. Enneccerus, aaO S. 1084 ff; Schrey MPTh 40 (1951), 7; Liermann Sp. 1560

den folgenden Jahrzehnten maßgeblich. Diese Tatsache spiegelt ein Gesuch von 26 rheinischen Superintendenten bei Kriegsausbruch 1914 wider, die um Zulassung zum Waffendienst und damit um Dispens von der Vorschrift des § 65 RMG bei Kaiser Wilhelm II einkamen. Die telegraphische Ablehnung des obersten Kriegsherrn gibt ein treffendes Bild für das staatliche Interesse an der Waffendienstbefreiung der Geistlichen[1].

Diese Einsatzbereitschaft der Pfarrer läßt es nicht verwunderlich erscheinen, daß die Geistlichen zu Beginn des Krieges 1914 in die allgemeine nationale Begeisterung einstimmten[2]. Das änderte sich, als man erkannte, welche Formen der moderne, technisierte Krieg an den Fronten annahm. Als die Folgen des Wirtschaftskrieges den Durchhaltewillen der Zivilbevölkerung in der Heimat zu brechen drohten, erwuchs den Geistlichen eine kriegswichtige Aufgabe. Die Heeresleitung entsandte zur moralischen Stützung sogar Feldgeistliche in die Heimat[3].

---

1) Das Telegramm vom 22. Sept. 1914 lautet: "Se. Majestät der Kaiser und König lassen für die patriotische Kundgebung der Superintendenten der Rheinprovinz und von Hohenzollern danken. Angesichts der großen Arbeit in der Militärseelsorge und der bedeutungsvollen Aufgaben auf dem Gebiete der Seelsorge für die Verwundeten und die Familien der im Felde gefallenen und noch kämpfenden Helden vermögen Se. Majestät jedoch die erbetene Erlaubnis zum Waffendienst der Geistlichen nicht zu erteilen. Auf allerhöchsten Befehl: der geheime Kabinettsrat von Valentini.", zitiert nach Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 477. - Im I. Weltkrieg dienten italienische und französische Geistliche auf Grund der Gesetze von 1878 bzw. 1889 und 1905 bei den Streitkräften mit der Waffe (Claeys-Boùùaert Sp. 869). Teilhard de Chardin war einer von 25 000 eingezogenen französischen Priester-Soldaten (Duquesne S. 49).

2) Missalla S. 25, 33 u. passim; Pressel S. 269 ff und passim

3) Pressel S. 268; nicht etwa auf Heimaturlaub, mit dem man im I. Weltkrieg außerordentlich geizte.

9. Das Dritte Reich und das Reichskonkordat

Der Friedensvertrag zwischen Deutschland und den alliierten und assoziierten Mächten vom 28. Juni 1919[1] erlaubte Deutschland nur eine kleine Schutztruppe.
In der Weimarer Republik war die allgemeine Wehrpflicht verfassungsrechtlich anerkannt, wurde aber nicht durchgeführt[2]. Schon vor der Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht durch das Gesetz über den Aufbau der Wehrmacht vom 16. März 1935[3] bzw. das Wehrgesetz vom 21. Mai 1935[4] hatte die deutsche Reichsregierung mit dem Hl. Stuhl diplomatischen Kontakt aufgenommen, um eine exemte Militärseelsorge für die Reichswehr einzurichten[5]. Diese Verhandlungen führten zum Abschluß des Reichskonkordats mit dem Dritten Reich am 8. Juli 1933[6].
Dessen Artikel 6 stellte Kleriker und Ordensleute frei von der Verpflichtung zur Übernahme öffentlicher Ämter und solcher Obliegenheiten, die nach den Vorschriften des kanonischen Rechts mit dem geistlichen Stand bzw. dem Ordensstand nicht vereinbar sind. Der Wehrdienst der Geistlichen würde nach c. 121 CIC grundsätzlich unter diese Vorschriften fallen. Er ist allerdings nicht bei den in Artikel 6 RK aufgeführten Funktionen enthalten, sondern in dem Geheimanhang zum Reichskonkordat von demselben Tage[7]. Danach war der Wehrdienst der katholischen Geistlichen in großen Zügen wie

---

1) RGBl S. 687, "Versailler Vertrag"
2) Schmitt, Grundpflichten S. 217; Rittau S. 15; vgl. das Gesetz über die Abschaffung der Wehrpflicht v. 21.8.1920 (RGBl S. 1608), § 1 des Wehrgesetzes v. 23.3.1921 (RGBl S. 329)
3) RGBl I S. 369
4) RGBl I S. 609
5) Kupper, Stimmen der Zeit 163 (1958-59), 279; 171 (1962-63), 25 ff, 36
6) RGBl II S. 679
7) Text abgedruckt bei Kupper, Reichskonkordatsverhandlungen S. 210 f

folgt vorgesehen: im Frieden bestand keine Pflicht zum Militärdienst. Bei einer Mobilisierung blieben die Geistlichen, die in der Diözesanverwaltung oder der Seelsorge beschäftigt waren, von der Gestellung befreit; die übrigen Geistlichen - abgesehen von den Truppenseelsorgern - konnten zum Sanitätsdienst eingezogen werden. Theologiestudenten, die noch nicht die höheren Weihen erhalten hatten, sollten bei einer Mobilisierung im Rahmen des Möglichen ebenfalls dem Sanitätsdienst zugeteilt werden.

Das Dritte Reich hielt sich an die Bestimmungen des Reichskonkordats. Nach § 14 WG 1935, der die "Wehrpflichtausnahmen" regelte[1], durften Wehrpflichtige römisch-katholischen Bekenntnisses, die die Subdiakonatsweihe erhalten hatten, zum Wehrdienst nicht herangezogen werden.

§ 18 Abs. 2 der "Verordnung über die Musterung und Aushebung" vom 21. März 1936[2] lautete fast gleich:

> Dienstpflichtige römisch-katholischen Bekenntnisses, die die Subdiakonatsweihe erhalten haben, werden zum aktiven Wehrdienst nicht herangezogen.

Die Musterungsverordnung vom 17. April 1937[3] fügte vor "zum aktiven Wehrdienst" noch "im Frieden" hinzu. Nach § 25 Nr. 10 MVO durften katholische Theologiestudenten für die Dauer des Studiums zurückgestellt werden. Die Zurückstellung erstreckte sich aber nicht auf den Reichsarbeitsdienst[4].

Den Einsatz katholischer Geistlicher und Theologiestudenten im Kriege regelte das OKW in Übereinstimmung mit dem Reichskonkordat durch den unveröffentlichten Erlaß vom 14. Okt. 1939[5]. Für die Jesuiten galten die einschränkenden Sonderbestimmungen des OKW-Erlasses vom 22. Okt. 1941[6].

---

1) Entgegen dieser Überschrift handelte es sich nicht um Wehrpflichtausnahmen, sondern um Wehrdienstausnahmen, J. Heckel S. 143; Rehdans-Dombrowski-Kersten S. 143; Absolon S. 115
2) RGBl I S. 201
3) RGBl I S. 469
4) § 26 Abs. 4 MVO
5) AHA/AgE Nr. 3325/39 geh.
6) AHA/AgE (I a) Nr. 5135/41 geh.; vgl. Absolon S. 116

Im II. Weltkrieg war eine Trennung der Funktionen der in den Streitkräften dienenden Geistlichen zwischen Seelsorge und Sanitätsdienst häufig nicht durchführbar. Die Wehrmachtsseelsorger nahmen ihre vermittelnde Aufgabe oft auch zwischen Freund und Feind wahr. Im Verlaufe des Krieges erwarben sie sich in der Wehrmacht allgemeine Anerkennung. Die Reichsregierung fühlte sich im Zuge allgemeiner Bekämpfung der Kirchen veranlaßt, freigewordene Stellen nicht wieder zu besetzen[1].

Durch den Tod vieler Geistlicher im Kriege und in der Kriegsgefangenschaft gestaltete sich die Betreuung der Gemeinden nach dem Kriege sehr schwierig.
In der evangelischen Kirche begann daher gleich nach Kriegsende die Erörterung der Frage, ob nicht eine Befreiung der Pfarrer vom Waffendienst in Zukunft notwendig sei[2]. Auf eine Umfrage der Kirchenkanzlei der EKD aus dem Jahre 1946 stimmten 6 Gliedkirchen für die Befreiung. Nach einer im Auftrage der Kirchlichen Westkonferenz in Königswinter 1951 durchgeführten Umfrage der Kirchenkanzlei stimmten 10 Gliedkirchen für die Befreiung, 2 dagegen; 8 Gliedkirchen wollten eine freiwillige Meldung eines Pfarrers zum Waffendienst von der Zustimmung der Kirchenleitung abhängig gemacht wissen. Eine Anfrage des Amtes Blank auf Referentenebene beantwortete der Rat der EKD in seiner Sitzung vom 25. Okt. 1951:

> Der Rat würde es für richtig halten, wenn in einem etwaigen zukünftigen Wehrgesetz die ordinierten Geistlichen von der allgemeinen W e h r p f l i c h t ausgenommen werden. Freiwillige Meldungen von Geistlichen zum Wehrdienst mit der Waffe sollen von der Zustimmung der zuständigen Kirchenleitung abhängig sein[3].

1) vgl. Perau, passim
2) das Folgende nach dem unveröffentlichten Memorandum der Kirchenkanzlei der EKD aus dem Jahre 1969
3) Ziff. 15 der Verhandlungsniederschrift; Sperrung vom Verfasser

Während der folgenden Verhandlungen mit dem Amt Blank teilte der vom Rat der EKD berufene Ausschuß zur Vorbereitung der Militärseelsorge dem Rat im Juli 1954 als seine "einmütige Meinung mit, dass im Interesse der Ausrichtung des Wortes Gottes und des seelsorgerlichen Dienstes an Front und Heimat, ordinierte Pfarrer nicht zum Wehrdienst verpflichtet sein sollen, die Militärseelsorge aber von dieser Bestimmung nicht berührt sei, weil die Militärseelsorge nicht als Wehrdienst im eigentlichen Sinne anzusehen ist."
Auf die weitere Anfrage des Amtes Blank bzw. des BMVert Blank im Jahre 1955 beschloß der Rat der EKD in seiner Sitzung vom 12./13. Jan. 1956: "den Bevollmächtigten in Bonn zu beauftragen, bei den zuständigen Stellen zum Ausdruck zu bringen, dass der Rat es für richtig halten würde, wenn die ordinierten Pfarrer nicht zum Wehrdienst eingezogen werden, um eine ausreichende Seelsorge in der Heimat sicherzustellen. Dabei wird vorausgesetzt, dass die nötige Anzahl von Kriegspfarrern gestellt werden muß[1)]."
Da die katholische Kirche auf entsprechende Anfragen des Amtes Blank die weitere Verbindlichkeit der Bestimmungen des Reichskonkordates betont hatte, lag insoweit bei den Beratungen des WPflG 1956 eine einheitliche Stellungnahme der Großkirchen vor.
Daran hat sich bis heute im wesentlichen nichts geändert. Auf ministerielle Anfragen verwies die katholische Kirche nach wie vor auf das Reichskonkordat. Der Bevollmächtigte der Evangelischen Kirche in Deutschland am Sitz der Bundesregierung übermittelte am 14. Juni 1971 den Beschluß des Rates der EKD vom 18. Mai 1971, wonach für ordinierte Pfarrer die geltende Befreiungsregelung beibehalten werden soll.

---

1) Ziff. 12 der Verhandlungsniederschrift

Teil B: Die Wehrpflicht im sozialen Rechtsstaat

I. Wehrgerechtigkeit

Die Erörterung einer Wehrdienstausnahme läßt sofort an das Schlagwort von der Wehrgerechtigkeit denken. Die Ausgestaltung der Wehrpflicht ist dann gerecht, wenn sie gleich ist; denn gerecht behandelt werden heißt zunächst einmal: gleich behandelt werden[1].

Die Bestimmung, was "gleiche Behandlung" ist, hat seit jeher Schwierigkeiten bereitet. Bedauernd stellte schon Stammler fest, daß die Naturwissenschaft im Reich der Wahrnehmungen über eine anerkannte Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Erscheinungen verfüge, während die soziale Betrachtung, die das Reich der Zwecke regieren solle, einen entsprechenden Beweis für die sachliche Richtigkeit eines Vorrechtes noch nicht liefern könne[2]. Auch heute wird das Ergebnis einer Gleichheitsprüfung nicht die Beweiskraft naturwissenschaftlicher Erkenntnis aufweisen[3]. Erreichbar ist aber eine Rechtsgewißheit, deren Überzeugungskraft nicht zuletzt darauf beruht, daß die ratio decidendi offen zutage tritt[4].

Das Gebot der Gleichheit fordert eine gleichmäßige Behandlung, die die faktische Ungleichheit der Menschen zu berücksichtigen in der Lage ist. Das gilt besonders für die Legislative. Das Recht der Gleichheit enthält die Anweisung an den Gesetzgeber, keine privilegierten Menschen oder Klassen im Staat zu dulden[5]. Bei der Normenkontrolle ist maßgeblich, welche Aussagen die Verfassung über die Gleichheit im Staat trifft. Es geht

---

1) E. Brunner S. 30; Coing S. 111; G. Hueck S. 173; Herzog, Staatslehre S. 394; Paulick S. 126; Rudolph, Truppenpraxis 1970, 904
2) Privilegien S. 48
3) Ipsen, Gleichheit S. 178; Luhmann S. 54
4) Hesse, Grundzüge S. 30
5) Ebbinghaus SJZ 1947 Sp. 142

also nicht um ein Ideal der Gleichheit, das seine Gestalt durch die Festlegung wünschenswerter und unerwünschter Gleichheit erhalten mag[1].

Im Grundgesetz hat der allgemeine Gleichheitssatz seine Ausformung in Art. 3 Abs. 1 als Grundrecht des einzelnen gefunden. Er gilt darüber hinaus als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen[2]. Als Vorbedingung jeder Positivierung des Rechts[3] ist er Grundbestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung[4] und gehört zum Kerngehalt des Rechtsstaats[5]. Der Gesetzgeber ist an ihn gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gebunden[6]. Der Gleichheitssatz enthält nach der üblichen Formulierung des BVerfG die Weisung an den Gesetzgeber, bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln[7]. Die Rechtsprechung ist berufen nachzuprüfen, ob der Gesetzgeber dieser Weisung nachgekommen ist[8].

Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz kann nur soweit reichen, wie dessen Inhalt konkret einer Bindung fähig ist. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz kommt erst dann in Betracht, wenn der Inhalt der Gleichheit im konkreten Fall justiziabel ist. Die Justiziabilität ist nicht ohne weiteres gegeben. Ipsen will eine richterliche Normprüfung auf Grund von Art. 3 Abs. 1 GG nur zulassen, wenn zugleich eine

---

1) Mannheim S. 69
2) BVerfGE 6, 84 (91)
3) Luhmann S. 57
4) BVerfGE 1, 208 (233)
5) von Mangoldt-Klein Art. 3 Anm III 4 a
6) Böckenförde S. 12; Leibholz,Gleichheit S. 34; Forsthoff, Tugend S. 15; Herzog evStL Sp. 699; Scholler S. 33; Model-Müller S. 53 f; Podlech, Gleichheitssatz S. 194; aA.: Zeidler DÖV 1952, 6; Brinkmann Art. 3 Erl. I 1 b; zu dem im wesentl. überholten Streit der Meinungen ausführl. G. Hueck S. 1 ff
7) BVerfGE 3, 58 (135); 18, 38 (46)
8) Geiger S. 169; von Mangoldt-Klein Art. 3 Anm III 4 a; Seißer S. 33 f; a. teilw. Ipsen, Gleichheit S. 184

Verletzung des demokratischen Prinzips, der Rechtsstaatlichkeit, der Gewaltenteilung oder der Sozial- oder Bundesstaatlichkeit gegeben sein kann[1].

Die Inhaltsbestimmung des Gleichheitssatzes hängt u. a. davon ab, inwieweit die Gleichheit in einem materialen oder formalen Rechtsstaat garantiert sein soll[2], ob somit der allgemeine Gleichheitssatz ein formales oder materiales Prinzip darstellt. Je nach der Ausgestaltung einer Staatsverfassung kann nämlich der Gleichheitssatz einen verschiedenen Inhalt annehmen[3]. - Diese Frage war unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung noch umstritten. Wenn aber heute der Gesetzgeber durch Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG an das Gleichheitsgrundrecht gebunden wird[4], bedeutet das gleichzeitig eine Entscheidung für das materiale Prinzip[5]; denn eine Bindung des Gesetzgebers an ein formales Prinzip würde die Rechtsbildung inhaltlich nicht beeinflussen. Der allgemeine Gleichheitssatz soll vielmehr in einem Rechtsstaat wirken, der sich die Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zur Aufgabe gemacht hat[6].

Um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Geistlichenprivilegs zu ermöglichen, braucht der materiale Inhalt des Rechtsstaates nur soweit betrachtet zu werden, wie eine Aussage über das Rechtsgebiet, dem die gestellte Aufgabe angehört, zu erwarten ist.

Es ist dazu zuerst der Blick auf das Rechtsgebiet Wehrwesen zu richten und dann der rechtliche Charakter der Wehrpflicht zu klären.

---

1) Ipsen, Gleichheit S. 150, 184; ähnl. Luhmann S. 65 ff; Geiger (S. 196) versteht Ipsen aaO nicht richtig, wenn er annimmt, Art. 3 Abs. 1 GG solle als nicht justiziabel bezeichnet werden. Die Bindung des Gesetzgebers wird dort nicht geleugnet; abw. auch Böckenförde S. 8 FN. 2

2) Schulz-Schaeffer S. 147; zum heutigen Verständnis des materialen Rechtsstaats vgl. Scheuner, Entwicklung S. 488 ff; ders., rechtsstaatliche Ordnung S. 20 ff

3) Herzog DVBl 1970, 713

4) dazu Herzog evStL Sp. 701

5) Rinck JöR 10 (1961), 271

6) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 25; Bachof VDStRL 12, 39

II. Wehr und Recht

1. Wehrhoheit

Die Wehrpflicht besteht wie die Steuerpflicht, die Schulpflicht und einige andere herkömmliche Pflichten - Feuerwehrpflicht, Deichpflicht u. ä. - gegenüber dem Gemeinwesen[1]. Die Steuerpflicht fordert im Unterschied zur Schul- und Wehrpflicht eine Geldzahlung und keine persönliche Dienstleistung. Sie fällt aber insofern nicht aus dem Rahmen der persönlichen Dienstleistungspflichten, als man - wirtschaftlich gesehen - Geld als Verkörperung irgendwann vorgeleisteter Arbeit ansehen kann.

Die Pflichten des Staatsbürgers stehen in der Demokratie in einem inneren Zusammenhang mit dem allgemeinen und gleichen Stimm- bzw. Wahlrecht[2]. Die Wehrpflicht ist notwendiges und selbstverständliches Korrelat des Rechts zur Teilhabe an der Staatsgestaltung[3]. Die Verpflichtung des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft erschöpft sich nicht im Zahlen von Steuern[4].

Es bietet sich an, die Ausgestaltung des Wahlrechts in der BRD in Relation zu der Ausgestaltung der Wehrpflicht zu setzen. Eine Aussage über die Wehrpflicht wird sich auf diese Weise wohl nicht gewinnen lassen; denn Wesensmerkmale sind nur aus der Sache selbst ableitbar.

---

1) Binz, Wehrkunde 1958, 318; 1963, 580
2) Fleiner S. 322; Schmitt, Verfassungslehre S. 254; Martens S. 126; von der Heydte, Staatslexikon Sp. 495; das galt schon im römischen Staat, Mommsen, S. 243
3) Martens S. 126 FN. 22; BMVert Blank, Verhandl. des BT, 2. WP, 143. Sitzg. v. 4. 5. 1956, Sten. Ber. S. 7480; Abg. Mende, ebenda S. 7518; abw. Binz NZWehrr 1960, 155: die Wehrpflicht stehe in einem Junktim zu den Grundrechten
4) Zwingenberger § 25 Anm 2

Das Gemeinwesen leitet das Recht, eine Verhaltensweise auch ohne den konkreten Willen des einzelnen zu verlangen und notfalls zwangsweise durchzusetzen, aus der anerkannten Tatsache ab, daß es dazu berufen ist, die Organisation und Verwirklichung der im Interesse der Gesamtheit liegenden Aufgaben zu übernehmen. Zu diesen Aufgaben gehört vor allem der "Außenkampf" des Gemeinwesens, aus dem die Militärpflicht folgt[1].

Die Verteidigung gegen einen Angriff liegt grundsätzlich im objektiven Interesse eines jeden. Der Staat ist insoweit die Organisationsform für die Genossenschaft der Bürger[2]. Die Wehrpflicht kann zwar nicht als die Summierung der Notwehrrechte jedes Bürgers aufgefaßt werden. Eine Rechtspflicht zur individuellen Selbstverteidigung besteht nämlich nicht[3]. Für sich betrachtet kann jeder frei darüber entscheiden, ob er sein Notwehrrecht ausüben oder sich fügen will. Eine freie Entscheidung ist jedoch dann nicht mehr möglich, wenn Pflichten gegenüber anderen und der Gemeinschaft zu erfüllen sind[4]. Neben den Pflichten, die dem einzelnen wegen seiner selbstverständlichen Inanspruchnahme der Leistungen der Gesamtheit erwachsen, steht vor allem seine Nothilfepflicht nicht zu seiner Disposition[5]. Der Schutz der Gemeinschaft, die ein menschenwürdiges Dasein erst ermöglicht, kann vom Bürger nicht negiert werden; aus einer Notwehrgemeinschaft kann man sich nicht ausschließen[6]. Diese Erkenntnis drückt das alte Rechtssprichwort 'Wer will mitgenießen, muß mitschießen'[7] in drastischer Kürze aus.

---

1) von Wiese S. 78; Herzog, Staatslehre S. 113; Eschenburg S. 93, 493; Coing S. 247
2) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 26; Binz, Wehrverneinung S. 93
3) Hahnenfeld § 1 Rdn 8; vgl. Locher S. 78; Schilling S.244
4) BVerfGE 12, 45 (51)
5) Hahnenfeld § 1 Rdn 8; Locher S. 72
6) Altlandesbischof D. Theophil Wurm, zitiert nach: Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 71
7) Weizsäcker, S. 326

Das würde vielleicht zur Erklärung noch nicht genügen, warum der Staat die Verteidigung zur Pflicht macht, ohne eine freiwillige Leistung abzuwarten.
Ein Grund dafür liegt in der Verschiedenheit der Mitglieder des staatlichen Großverbandes[1]. Für den Staat besteht die Notwendigkeit einer berechenbaren und planbaren Wehrleistung, die ihren doppelten Zweck erfüllen kann, nämlich einen Angreifer abzuschrecken und eine Auseinandersetzung mit möglichst geringen Verlusten zu überstehen. Aus rein militärischer Sicht kann die allgemeine Wehrpflicht schon dann erforderlich sein, wenn der potentielle Gegner sie eingeführt hat oder zahlenmäßig über ein starkes Potential verfügt. Sie stellt auch die einfachste Art dar, in kurzer Zeit eine starke Streitmacht zu planen und auszubilden. Man braucht für die künftigen Soldaten keine besonderen Anreize zu schaffen. Darüber hinaus kann der Zeitpunkt der Verfügbarkeit ohne besondere Schwierigkeiten durch den Einberufungsbescheid bestimmt werden. - Die Entwicklung der Militärtechnik verlangt Fähigkeiten des Soldaten, die während der bürgerlichen Berufstätigkeit in den wenigsten Fällen vermittelt werden. Der moderne Soldat ist daher mehr als früher von einer Ausbildung abhängig. Die Ausbildung kann nicht individuell erfolgen: hier spielen die Kosten eine wichtige Rolle. Unter diesem Aspekt ist die allgemeine Wehrpflicht das billigste Verfahren. Darüber hinaus erhält man auch qualifizierte Leute, denen nur der normale Wehrsold zu zahlen ist. Zudem ermöglicht die Einberufung von Wehrpflichtigen gleicher Altersstufe eine einfachere Ausbildung. Belastbarkeit und Leistungsfähigkeit sind leichter zu beurteilen; das kann nicht durch die Abstufung nach Tauglichkeitsgraden allein erreicht werden.

---

1) vgl. für das Folgende Lidell Hart S. 299 f

2. Wehrformen

Die Entscheidung, ob die zukünftige äußere Lage des Staates eine intensive Verteidigungsvorbereitung gebietet, ob eine Armee aus Wehrpflichtigen oder eine Berufsarmee aus Freiwilligen den mutmaßlichen Anforderungen einer bewaffneten Auseinandersetzung genügen wird, liegt beim Gesetzgeber als dem legitimen Entscheidungsorgan des Staates. Er darf dabei die Freiheitsrechte der Bürger nicht mehr als erforderlich einschränken[1].

Der Gesetzgeber wird außer militärischen auch andere Gesichtspunkte berücksichtigen. Dazu gehört die Erkenntnis, daß es der demokratischen Staatsform entspricht, wenn die Waffen in den Händen des ganzen Volkes liegen[2]. Auf diese Weise wird dem Mißbrauch militärischer Macht durch einen Berufsstand vorgebeugt. Andererseits kann der Gesetzgeber wegen der höheren Leistung und Einsatzbereitschaft besonderen Wert auf eine lange Dienstzeit legen, die den Wehrpflichtigen nicht abverlangt werden könnte. Weitere Gesichtspunkte sind der Bedarf der Industrie an Arbeitskräften und die Kosten der Ausrüstung für eine Massenarmee[3].

3. Wehrpflicht als soziale Beistandspflicht

Die Einrichtung der allgemeinen Wehrpflicht übergeht aus gutem Grund einen staatlichen Appell an die Einsichtsfähigkeit der Bürger[4]. Der moderne Staat hat kein bestimmtes Bild vom Staatsbürger, hält ihn weder für gut noch für böse. Er rechnet mit der Uneinsichtigkeit und hat daher die Gleichheit hinsichtlich der öffentlichen Lasten konstituiert, um es nicht zu einer Vertrauenskrise unter den Bür-

---

1) Geißler S. 78 f; Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S.114
2) Lasalle S. 26 ff; Ermacora, Staatslehre S. 500; Lidell Hart S. 300
3) vgl. Seidler-Reindl S. 52 ff
4) a. A. Cunis S. 57

gern kommen zu lassen[1]. Der Bürger nämlich, der seine Wehrpflicht zwar aus eigenem Antrieb, aber im Vertrauen auf die Pflichterfüllung der Mitbürger erfüllt, verläßt sich weniger auf deren Gesinnung als auf das Gesetz und dessen Durchsetzung[2]. Andererseits wäre niemand bereit, auf das, was nur gemeinsam zustandegebracht werden kann, zu verzichten, wenn beispielsweise jede religiöse Sekte und jede weltanschauliche Gruppe sich dem Zusammenwirken mit anderen versagen würde[3]. Daher gilt nach dem Grundgesetz der gesetzliche Zwang zum Sozialbeistand für andere im Interesse aller[4]. Stärker als im Obrigkeitsstaat muß sich die freiheitlich organisierte Gemeinschaft gegen den momentanen Egoismus einzelner abschirmen[5]. Wenn die Lage die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht gebietet, darf der Staat die Landesverteidigung nicht dem Patriotismus einzelner Bürger überlassen[6]. Die allgemeine Pflicht zur Wehr erhält somit indirekt die Wehrbereitschaft der Wehrwilligen. - Allerdings sinkt die Einsatzbereitschaft für das Gemeinwesen auf die Dauer, wenn der Einsatz nur noch befohlen wird. Unter Zwang verkümmert die persönliche Verantwortung und gedeiht die Drückebergerei[7]. Daraus erwächst dem Staat bei Einführung der allgemeinen Wehrpflicht die zusätzliche Aufgabe, das Verständnis für den Zusammenhang zwischen dem Schutzinteresse des einzelnen und den Notwendigkeiten der Verteidigung zu ermöglichen[8].

---

1) Krüger S. 210
2) Krüger S. 210; Hirsch S. 278
3) von Nell-Breuning S. 306; Schilling S. 195; von Hippel S. 31; Eschenburg S. 494
4) Huber, Rechtsstaat S. 263
5) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 27; einschr. Nipperdey, Marktwirtschaft S. 38
6) Krüger S. 210
7) Lidell Hart S. 305
8) die "freye Beystimmung des Staatsbürgers zum Kriegführen", Kant, Rechtslehre S. 249 f; Krüger S. 228; Weber, Gewaltenteilung S. 169

4. Verteidigung und Völkerrecht

Wenn der Staat sein Recht zur Selbstverteidigung vor den Bürgern zu begründen hat, so wird ihm das häufig schwerer fallen als die Rechtfertigung der militärischen Anstrengungen vor dem Ausland. Im Völkerrecht ist das Selbstverteidigungsrecht ein anerkanntes Institut[1].

5. Krieg und Sittlichkeit[2]

Damit trifft das Völkerrecht keine Aussage über Wert oder Unwert des Krieges. Selbst der totale Krieg als sittliche Ungeheuerlichkeit[3] und politische Sinnlosigkeit berührt nicht die staatliche Schutzaufgabe[4].

6. Wehrvorbereitung im Frieden

Die Selbstverteidigung setzt den Gebrauch von Mitteln voraus, die der Schwere des möglichen Angriffs entsprechen[5]. Gegen den Angriff eines überlegenen Gegners kann die Mobilisierung aller Kräfte erforderlich sein. Eine planende Vorbereitung auf einen solchen Fall durch Ausbildung aller Staatsbürger ohne jede Ausnahme - auch in Friedenszeiten - ist dem Staat unbenommen.

---

1) Wehberg S. 200; ausführlich zur Theorie des gerechten Krieges: Leder S. 83 ff; vgl. Art. 51 der UN-Charta, abgedr. bei Hahnenfeld § 25 Rdn 10; Art. 15 der Europ.Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl II 1952, S. 686

2) Im Rahmen dieser Arbeit können die hier auftauchenden Fragen nur kurz angedeutet werden

3) Hirschmann, Stimmen der Zeit 159 (1956-57), 206

4) Pius XII., AAS XXXXV (1953), 733; Wilkens evStL Sp.1166; Doehring S. 46 f; Süsterhenn S. 260; Leder S. 92 ff

5) vgl. Abg. von Manteuffel, Verhandl. des BT, 2. WP, 143. Sitzg. v. 4. 5. 1956, Sten. Ber. S. 7511; von der Heydte, Staatslexikon Sp. 496

Es kann wohl kaum bestritten werden, daß ein durch die allgemeine Wehrpflicht geschaffenes militärisches Instrument zum Mißbrauch verlockt[1]. Die Dämonie der Macht wäre gebannt ohne Machtinstrument[2]. Als Voraussetzung der Abrüstung forderte man gerade die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht[3]. Das Völkerrecht billigt den Mißbrauch der Streitmacht nicht. Die Verteidigung auch durch ein Wehrpflichtheer bleibt davon unberührt[4]. Im Zeitalter des kalten Krieges sind Angriff und Verteidigung allerdings schon äußerlich schwer zu unterscheiden. Für das Recht sind es - wenn auch unter besonderen Schwierigkeiten - abgrenzbare Begriffe[5].

III. Der Rechtscharakter der geltenden Wehrpflicht

Um die Wesenszüge der geltenden Wehrpflicht aufzuzeigen, kann kaum auf positive Bestimmungen verwiesen werden.
Nach § 7 Soldatengesetz hat der Soldat die Pflicht, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen. Dazu hat sich der eingezogene Wehrpflichtige durch ein feierliches Gelöbnis zu bekennen[6]. Diese knapp gehaltene Formulierung läßt kaum noch ihre traditionelle Bindung erkennen[7]. Zur Charakterisierung der Wehrpflicht gibt sie nur wenig Aufschluß. Der

---

1) vgl. Holm S. 73 u. passim
2) vgl. Dibelius S. 38 f
3) Schilling S.236; s.a.den im Auftrag von Benedikt XV.geschriebenen Brief des Kardinals Gasparri an den Erzbischof von Sens v. 7.10.1917,abgedr.bei Hirschmann, Stimmen der Zeit 159 (1956-57), 213
4) vgl. Art. 2 Ziff. 4 der Satzung der UN; Art. 26 GG
5) Klein,Jahrreiß-Festschrift S.163 ff;Berber, Lehrbuch S.50 f; Scheuner, Streitkräfte S.38 f; Art. 39 der Satzung der UN
6) § 9 Abs. 2 SoldatenG
7) vgl. Art. 2 der Kriegsartikel für das Heer v. 22.Sept.1902, abgedr. bei Frauenholz, Entwicklungsgeschichte Bd. 5 S. 612. Die Eidesformeln in der Schweiz und Österreich haben die historisch gewachsene Form weitgehend behalten, vgl. für die Schweiz K. Brunner S. 100 f, für Österreich § 31 des österr. Wehrgesetzes bei Ermacora-Loebenstein S. 128.

rechtliche Gehalt der Wehrpflicht scheint mit der "Treue" gekennzeichnet zu sein[1]. Das Soldatengesetz verwendet in § 1 Abs. 1 das Wort "Treue" im Zusammenhang mit der Begriffsbestimmung des Soldaten: "Soldat ist, wer ... in einem Wehrdienstverhältnis steht. Staat und Soldaten sind durch gegenseitige Treue miteinander verbunden." Eine Auslegung des Begriffs Treue ist nun wenig erfolgversprechend, weil dabei ein Inbegriff von Wertvorstellungen angesprochen ist. Es wird verhältnismäßig leicht gelingen, an die Treue zu appellieren, wobei es häufig unmöglich bleibt, den rechtlichen Gehalt des konkret geforderten Verhaltens zu klären.

Es muß daher versucht werden, den Charakter der Wehrpflicht aus dem durch das Grundgesetz bestimmten Verhältnis zwischen Bürger und Staat abzulesen. Damit soll nicht einer Staatsideologie nachgespürt werden. Sie würde des aktuellen Bewußtseins der Bürger bedürfen. Auf diesem Gebiet zeigt sich ein Nachholbedarf, wenn nicht sogar ein Vakuum[2]. Die staatsbürgerlichen Pflichten bestehen aber unabhängig von den Anschauungen des einzelnen.

Aus der Geschichte der Wehrpflicht wird deutlich, daß ihre Entwicklung stets eng mit der der Staatsverfassung verflochten war. Von der Pflicht gegenüber den Stammesgenossen in der germanischen Frühzeit führt sie über die Untertanenpflicht im fränkischen Vielvölkerstaat zur Pflicht der Freien und Unfreien gegenüber dem Senior aus rechtlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit; die vertragliche Pflicht des Söldners aus dem Anwerbungsvertrag steht in deutlichem Gegensatz zur religiös-patriarchalischen Neo-Landfolgepflicht des Untertans im absolutistischen Staat[3]; die Wehrpflicht als idealistisch verklärte Ehrenpflicht[4] des Untertans gegenüber Nation und Landesherr führt zur heutigen Pflicht gegenüber dem Gemeinwesen und zum Dienst für die Allgemeinheit[5].

---

1) Lerche evStL Sp. 247; vgl. Dürig JZ 1953, 197
2) Dichgans, S. 27 f; Weber, Der deutsche Bürger S. 329, 339
3) "mutua obligatio", Oestreich DSt 6, 69
4) Humboldt S. 75; Cunis S. 58; BVerfGE 12, 45 (51)
5) Flor, Wehrkunde 1956, 221 ff

IV. Der Umfang der Wehrpflicht

1. Wehrpflicht und Wehrdienstpflicht

Die allgemeine Wehrpflicht hat die allgemeine Wehrdienstpflicht zur Folge[1]. Die allgemeine Wehrpflicht verlangt gleichen effektiven Wehrdienst[2]. Der Wehrdienst betont das Element der Ausbildung[3]. Schon bei der ersten Beratung des Bundestages über das Wehrpflichtgesetz wurde verschiedentlich eine Abkehr von der traditionellen allgemeinen Wehrpflicht und die Einführung einer allgemeinen Verteidigungspflicht vorgeschlagen, die auch die Grundlage für Verpflichtungen zu zivilen Verteidigungsdiensten abgeben sollte[4]. Eine solche "Bundesschutzpflicht"[5] blieb seinerzeit unerörtert, da es vorrangig um die politische Entscheidung über einen Verteidigungsbeitrag in Höhe von 500 000 Mann für die Streitkräfte im Rahmen der NATO ging[6]. Eine Bundesverteidigungspflicht klang später z. B. bei den Beratungen des Gesetzes über die Dauer des Grundwehrdienstes wieder an[7]. Die Normierung einer sowohl Wehrpflicht als auch zivile Verteidigungspflichten umfassenden Bundesverteidigungspflicht blieb jedoch aus, wenngleich sie die wünschenswerte Aufgliederung in militärische und zivile Dienstpflichten ermöglicht hätte[8]. Die heutige Rechtslage ist dadurch gekennzeichnet, daß in Art. 12 a Abs. 1 GG die Dienstpflicht in den Streit-

---

1) Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 3 I; Binz NZWehrr 1960, 158; unrichtig Henze S. 8
2) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 1 S. 245 f; Hahnenfeld UBWV 1964, 1
3) Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 a Rdn 5
4) Abg. Mende, Verhandl. des BT, 2. WP, 143. Sitzg. v. 4.5. 1956, Sten. Ber. S. 7518; Abg. Schneider, aaO S. 7539
5) Abg. Jaeger, aaO S. 7531
6) Abg. Manteuffel, aaO S. 7506; Abg. Jaeger, aaO S. 7531
7) BMVert Strauß, Verhandl. des BT, 2. WP, 176. Sitzg. v. 5. 12. 1956, Sten. Ber. S. 9757: "Bundesverteidigungspflicht mit einem Ausschnitt Wehrpflicht"
8) Abg. Arndt, Verhandl. des BT, 2. WP, 157. Sitzg. v. 4.7. 1956, Sten. Ber. S. 8595; BMVert Strauß, Verhandl. des BT, 4. WP, 11. Sitzg. v. 19. 1. 1962, Sten. Ber. S. 280; Binz, Wehrkunde 1958, 321; Binz, NZWehrr 1960, 161; Rudolph, Truppenpraxis 1970, 905

kräften, die Grenzschutzdienstpflicht und die Dienstpflicht in einem Zivilschutzverband verfassungsrechtlich verankert sind. Eine deutliche Festlegung des Verhältnisses dieser Dienstpflichten zu der in § 1 WPflG normierten allgemeinen Wehrpflicht ist unterblieben. Gleichwohl kann in Übereinstimmung mit Art. 12 a Abs. 1 GG folgendes festgehalten werden:

a) Die Dienstpflicht in den Streitkräften folgt direkt aus der allgemeinen Wehrpflicht und rangiert als selbständige Vollzugsform unter dieser.

b) Die Grenzschutzdienstpflicht steht auf derselben Ebene wie die Dienstpflicht in den Streitkräften. Eine Einordnung unter die allgemeine Wehrpflicht besteht, aber nicht aus sich, sondern auf Grund der Entsprechungsklausel des § 42 a Abs. 2 WPflG, wonach die Vorschriften über die Wehrpflicht und den Wehrdienst sinngemäß anzuwenden sind.

c) In gleicher Weise steht die Dienstpflicht im Zivilschutzverband neben der Dienstpflicht in den Streitkräften und der Grenzschutzdienstpflicht. Abgesehen von einigen Spezialvorschriften besteht hier eine Beziehung zur allgemeinen Wehrpflicht auf Grund von § 14 Abs. 3 ZivSchKG, der die Vorschriften des Wehrpflichtgesetzes für entsprechend anwendbar erklärt.

d) Eine Bundesverteidigungspflicht existiert nicht. Es gibt also auch keine Grenzschutzpflicht bzw. Zivilschutzpflicht als Parallele zur Wehrpflicht.

e) Ferner gibt es keine allgemeine Dienstpflicht. Die Einführung einer solchen Dienstpflicht ist auch nicht geplant[1].

1) Adorno-Bericht S. 6, 9 ff; Bericht der Wehrstruktur-Kommission S. 34; Weißbuch 1970 S. 66

Aus dieser Aufgliederung ergibt sich, daß Art. 12 a Abs. 1 GG nicht etwa drei Formen der W e h r p f l i c h t regelt[1], sondern drei Formen des staatsbürgerlichen Dienstes. Unter "Form der Wehrpflicht" versteht man gemeinhin die Organisationsform des Wehrdienstes, nämlich das Milizsystem und das System des stehenden Heeres[2].

2. Die Dienstarten

Der Charakter der Wehrpflicht als einer Pflicht gegenüber der Allgemeinheit deutet bereits an, daß der Wehrdienst nicht zwangsläufig nur aus dem Waffendienst besteht[3]. Schon das erwähnte Wehrgesetz 1867 beschränkte den Wehrdienst nicht auf den Dienst mit der Waffe, sondern ließ andere militärische Dienstleistungen zu. Dem lag die Auffassung zugrunde, durch die allgemeine Wehrpflicht sei der Staat in die Lage zu setzen, über die persönlichen Kräfte seiner Angehörigen für den Zweck der militärischen Kraftentwicklung möglichst uneingeschränkt verfügen zu können[4]. Die "militärische Kraftentwicklung" fordert heute in vielfachem Maß den Dienst ohne Waffe. Dazu hat die technische Entwicklung der Waffe selbst und des Transportgerätes geführt. - Die Flächenwirkung moderner Kampfmittel erfaßt auch die unbeteiligte Zivilbevölkerung. Den Betroffenen wäre eine Abwehr durch Waffengewalt wegen der Anonymität des Angriffs häufig nicht möglich. Eine Verteidigung wird daher zu einem guten Teil aus Schutzmaßnahmen bestehen[5]. Die Abwehr umfaßt neben der eigenen präventiven und repressiven Anwendung von Zerstörungsmitteln gerade den Schutz und die Erhaltung des eigenen Potentials. Hier wird in Zukunft zunehmend die Last des Kampfes liegen. Eine Wehrpflicht als Verteidigungspflicht umfaßt da-

1) so aber Model-Müller S. 119
2) Hahnenfeld § 1 Rdn 1
3) Binz, NZWehrr 1960, 160; Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S. 116
4) Motive zur Regierungsvorlage zum Wehrgesetz 1867, abgedr. in: Die Militair-Gesetze des Deutschen Reichs, II-3, § 1 WG Anm. 4
5) K. Brunner, S. 449 ff

her alle Dienste, die einen Angriff verhindern oder die Wirkung eines Angriffs abwenden sollen. Eine Zivilverteidigung ist Teil der Gesamtverteidigung[1]. Der Dienst auf Grund der Wehrpflicht besteht also nicht nur aus dem, was die B u n d e s w e h r in den Stand setzt, ihre Aufgaben zu erfüllen[2]. Die Bundeswehr als "bewaffnete Macht"[3] trägt nur einen Teil der Gesamtverteidigung, wenn auch den maßgeblichen, und die Entwicklung des modernen Krieges läßt diesen Teil eher geringer werden[4]. - Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit die im Wehrpflichtgesetz verstreut geregelten Dienstarten dem Begriff Wehrdienst zuzuordnen sind, was ihre rechtliche Wertigkeit als staatsbürgerliche Pflicht angeht.

a) Der typische Wehrdienst ist der Dienst an der Waffe und für den Waffeneinsatz bei den Streitkräften.

b) Zweifellos ist der waffenlose Dienst[5], z. B. der Sanitätsdienst, vollwertiger Wehrdienst[6].

c) Das gleiche gilt für den Ersatzdienst des Waffendienstverweigerers. Mit dem zivilen Ersatzdienst wird die Wehrpflicht durch einen Dienst außerhalb der Bundeswehr erfüllt[7]. Der

---

1) De Maizière S. 15, 18 f; Zwingenberger DÖV 1963, 893; BMVert Strauß, Verhandl. des BT, 4. WP, 11. Sitzg. v. 19. 1. 1962, Sten. Ber. S. 266; Weißbuch 1969 S. 20 f; Weißbuch 1970 S. 45
2) zu eng Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 3 Anm. 1 c
3) Franck DVBl 1957, 149
4) vgl. Menger VDStRL 26, 274 f
5) §§ 27, 25 S. 2 WPflG
6) vgl. Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 3 Anm. 1 d; Zwingenberger § 3 Anm 1; Hahnenfeld § 3 Rdn 2, § 27 Rdn 2; Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S. 114
7) Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S. 115; Hahnenfeld § 3 Rdn 3; Hausmann S. 192; in Österreich ist der Dienst des Waffendienstverweigerers ebenfalls ordentlicher Präsenzdienst, §§ 28 Abs. 4, 15 Abs. 2 österr. Wehrgesetz.

zivile Ersatzdienst - auch Zivildienst genannt[1] - folgt wie der Waffendienst und der waffenlose Dienst aus der allgemeinen Wehrpflicht[2]. Der zivile Ersatzdienst ist lediglich eine Modifizierung des Vollzugs der Wehrpflicht[3]. Nicht zutreffend ist es, den Ersatzdienst unter Verweisung auf Art. 12 Abs. 2 GG auf eine allgemeine öffentliche Dienstleistungspflicht zurückzuführen[4]. Eine h e r k ö m m l i c h e , allgemeine, für alle gleiche öffentliche Dienstleistungspflicht[5], die durch einen Dienst wie den zivilen Ersatzdienst erfüllt wird, gab es bisher jedoch nicht, z. B. ist der Krankenhausdienst für junge Männer alles andere als herkömmlich[6]. Wenn das BVerfG[7] den Ersatzdienst vom Kriegsdienst trennt, so ist damit die Abgrenzung zum Waffendienst und nicht zum Wehrdienst angesprochen. Für die skizzierte Auffassung spricht auch der Text des § 3 Abs. 1 WPflG[8]. Dessen Fassung ist im Bundestag erst nach längerer Debatte gebilligt worden, so daß die Möglichkeit einer unbewußt ungenauen Formulierung ausgeschlossen ist[9]. Nachdem der neugeschaffene Art. 12 a in das Grundgesetz eingefügt ist, hat der Ersatzdienst dort seine verfassungsrechtliche Grundlage[10].

---

1) Hausmann S. 193; vgl. den Bericht der Wehrstruktur-Kommission S. 49
2) Lerche will den Ersatzdienst nicht als eine Art des Wehrdienstes, sondern als eine Art des Staatsdienstes i. w. S. ansehen, evStL Sp. 246.
3) Martens S. 129
4) so Zwingenberger § 25 Anm. 2; Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 a Rdn 10; BVerfGE 19, 135 (138)
5) Art. 12 Abs. 2 GG
6) vgl. Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 Rdn 129. Herkömmlich ist in diesem Zusammenhang allenfalls eine Luftschutzdienstpflicht, Roemer JZ 1956, 194.
7) E 19, 135 (138)
8) Martens S. 129 FN. 32; Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S. 115; unzutreffend Korbmacher DVBl 1970, 390 f
9) vgl. Abg. Arndt, Verhandl. des BT, 2. WP, Sitzg. v. 4. und 6. 7. 1956, Sten. Ber. S. 8594 ff bzw. 8827 f
10) Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 a Rdn 10

d) Auch der Zivile Bevölkerungsschutz[1] nach § 13 a WPflG kann als Vollzugsform der Wehrpflicht im Sinne einer Verteidigungspflicht angesehen werden. Er ist gleichrangig mit der militärischen Verteidigung durch die Streitkräfte[2]. Es handelt sich bei dem Zivilschutzdienst nicht um eine gesetzliche Gruppen-UK-Stellung[3]. Die Gleichordnung mit der UK-Stellung ist nicht möglich, weil der UK-Gestellte nur zeitweilig unabkömmlich gestellt ist und nach Wegfall der Unabkömmlichkeit zum Wehrdienst verpflichtet ist. Die Bestimmungen über die Unabkömmlichkeit in § 13 sind selbst Sondervorschriften unter allen anderen Wehrdienstausnahmen[4], die restriktiv auszulegen sind.
Die Mehrspurigkeit des Wehrdienstes zeigt sich deutlich beim Dienst im Zivilschutzkorps. Bei der Musterung entscheidet das Kreiswehrersatzamt, auch gegen den Willen des Wehrpflichtigen, ob der Wehrpflichtige zum Dienst bei den Streitkräften oder beim Zivilschutzkorps heranzuziehen ist[5]. § 44 ZivSchKG stellt klar heraus, daß der Dienst im Zivilschutzkorps die Verpflichtung zum Dienst bei den Streitkräften zum Erlöschen bringt. Das gleiche gilt für den Dienst im Katastrophenschutz (Technisches Hilfswerk, Luftschutzhilfsdienst, Feuerwehr usw.). Aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 KatSchG ergibt sich, daß eine zehnjährige Dienstleistung im Katastrophenschutz als Erfüllung des Wehrdienstes anzusehen ist.

e) Der Dienst als Entwicklungshelfer nach § 13 b WPflG weist wesentliche Unterschiede zum Dienst bei den Streitkräften auf. Allerdings wird der zweijährige Dienst als Entwicklungshelfer dem Grundwehrdienst gleichgestellt[6]. Die Verpflichtung zu

---

1) nach dem Gemeinsamen Ministerialblatt 1964, S. 324 soll die Bezeichnung "Zivilschutz" lauten
2) Hahnenfeld § 13 a Anm 1; Zwingenberger § 13 a Anm 1; von Unruh, VDStRL 26, 204
3) Zwingenberger DÖV 1963, 894; a. A. Hahnenfeld § 13 Rdn 6
4) Scherer-Krekeler, Recht der Unabkömmlichstellung S. 1
5) §§ 6, 7 ZivSchKG; Hahnenfeld § 13 a Rdn 14, 21
6) § 13 b Abs. 3 WPflG

Wehrübungen nach § 6 Abs. 2 WPflG erlischt hingegen nicht, auch nicht durch einen entsprechend längeren Entwicklungsdienst[1]. Rein optisch fällt auf, daß der Entwicklungsdienst im Unterschied zum zivilen Ersatzdienst gesetzestechnisch nicht nach Art des Wehrpflichtgesetzes aufgebaut ist[2]. Dieser Unterschied berechtigt aber wohl noch nicht, den Entwicklungsdienst jenseits des Wehrdienstes anzusiedeln[3]. Eine Verbindung zwischen beiden stellt die Tatsache her, daß ein Ersatzdienstpflichtiger statt des Wehrdienstes in der Form von Ersatzdienst auch Entwicklungsdienst leisten kann[4]. Der Entwicklungsdienst kann aber allenfalls im übertragenen Sinne als Verteidigungsdienst aufgefaßt werden. Zweifellos trägt er in hervorragender Weise dazu bei, Freunde im Ausland zu gewinnen und so Konflikte zu vermeiden oder jedenfalls im Verteidigungsfall die Unterstützung des Auslands zu finden. So gesehen mag man den Entwicklungsdienst als die beste Verteidigung bezeichnen[5]. Zugleich hat der Entwicklungshelfer Gelegenheit, auf dem Kampfplatz der Ideologien in der "Dritten Welt" für die Idee der Freiheit einzutreten und damit auf dem Vorfeld des kalten Krieges zu wirken.

Auch der Entwicklungsdienst nach § 13 b WPflG stellt keinen Sonderfall der Unabkömmlichstellung[6] dar[7]. Gemeinsamer Grund für die Sonderbehandlung des § 13 und des § 13 b ist zwar das öffentliche Interesse. Beide Fälle unterscheiden sich aber schon darin, daß der Unabkömmlichgestellte rechtlich zum Wehrdienst in vollem Umfang verpflichtet bleibt, was beim Entwicklungshelfer nicht der Fall ist. Im übrigen gilt das für den Zivilschutz Gesagte.

---

1) Hahnenfeld § 13 b Anm 8
2) vgl. das EntwicklungshelferG v. 18. 6. 1969, BGBl I S. 549
3) so aber Hausmann S. 193
4) § 14 a ErsatzDG
5) Locher S. 74
6) § 13 WPflG
7) a. A. Hahnenfeld § 13 b Rdn 5

f) Ähnlich ist die Freistellung derjenigen Wehrpflichtigen vom Wehrdienst aufzufassen, die im Vollzugsdienst der Polizei bzw. des Bundesgrenzschutzes 3 bzw. 2 Jahre Dienst geleistet haben. Im Unterschied zum Entwicklungshelfer kann der darüberhinausgehende Dienst auf die Wehrübungen angerechnet werden[1]. Auch diese Freistellung beinhaltet keine UK-Stellung, weil die Verpflichtung zum Dienst bei den Streitkräften nach dem entsprechenden Dienst im Polizei-Vollzugsdienst untergeht. Es wird vielmehr der Vollzugsdienst jenem gleichgestellt, da im Verteidigungsfall ordentliche Polizeikräfte unerläßlich sind[2]. Unberührt bleibt die besondere völkerrechtliche Stellung der Polizeikräfte[3].
Auch dieses Beispiel zeigt, daß der Gesetzgeber das Verteidigungspotential nicht ausschließlich im Waffendienst im Verband der Streitkräfte sieht[4].

g) Der Vorstellung einer Verteidigungspflicht zufolge gibt § 42 a WPflG die Möglichkeit, Wehrpflichtige anstelle zum Dienst bei der Bundeswehr zum Bundesgrenzschutz zu verpflichten. Hier ist die Gleichwertigkeit der Dienstarten offenbar[5].

---

1) § 42 WPflG
2) vgl. Hahnenfeld § 42 Rdn 13
3) Berber, Gutachten S. 17 und passim
4) für das enge Verhältnis zwischen Polizei und Wehrmacht kann auf ein Beispiel aus den Anfängen der modernen Wehrverfassung in Deutschland hingewiesen werden: nach dem bayerischen "Edikt die Errichtung einer Gensd'armerie betreffend" vom 11. Oktober 1812 hatte die Gensd'armerie bewaffneten Beistand auf jede legale Anforderung zu leisten (Art. 144). Sie unterstand zwar der obersten Polizeibehörde als Zivilbehörde, konnte aber auch der übrigen bewaffneten Macht zugeteilt werden, und zwar sowohl im Krieg als auch im Frieden (Art. 174), Königl. Baierisches Regierungsblatt MDCCCXII S. 1737, abgedr. bei Frauenholz, Entwicklungsgeschichte, Bd. 5 S. 340 ff.
5) Es ist Scheuner (Wehrstruktur-Gutachten S. 115) nicht zuzustimmen, wenn er den zivilen Ersatzdienst dem militärischen Wehrdienst gleichstellt, den Grenzschutzdienst aber nicht. Diese Unterscheidung ist rechtlich nicht notwendig; vom Tatsächlichen her würde man gerade gegenteiliger Ansicht sein müssen.

Auch für den Grenzschutzdienst spielen Gesichtspunkte des Kriegsvölkerrechts eine Rolle, auf die hier nicht einzugehen ist, da es in erster Linie um die Wertigkeit der Dienstarten geht[1].

Ergebnis für Ziff. 2: Die Wehrpflicht zum Schutz des Gemeinwesens wird durch den Wehrdienst erfüllt. Der Gesetzgeber hat zur bestmöglichen Verteidigungsleistung mehrere Arten von Verteidigungsdiensten eingerichtet. Diese Dienstarten sind in ihrer Wertigkeit als staatsbürgerliche Pflicht gleichrangig[2]. Insoweit handelt es sich nur um andere F o r m e n der Inanspruchnahme[3].

Der traditionelle Wehrdienst ist der Waffendienst bei den Streitkräften, der Bundeswehr[4]. Dem stehen hinsichtlich der Verpflichtung der Dienst beim Grenzschutz und im Zivilschutzkommando gleich. Zu diesen drei Dienstarten kann der taugliche Wehrpflichtige zwangsweise einberufen werden[5].

Wer die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer erreicht hat, erfüllt den Wehrdienst in der Form des Ersatzdienstes oder Entwicklungsdienstes.

Eine freiwillige Meldung und Einstellung durch die zuständige Stelle sind die Voraussetzungen für die übrigen Dienstarten: Entwicklungsdienst, Vollzugsdienst der Polizei oder des Bundesgrenzschutzes, Dienst im Zivilen Bevölkerungsschutz (Zivilschutz) und Katastrophenschutz.

---

1) Mit Beginn eines bewaffneten Konfliktes sind die Bundesgrenzschutzverbände Teil der Streitkräfte, § 2 b BGrenz SchG; zum Problem des Kombattantenstatus des Bundesgrenzschutzes vgl. Steinkamm, S. 159 ff
2) Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S. 115
3) Jahresbericht des Wehrbeauftragten 1961 BT-Drucksache IV/371
4) "Wehrdienst im engeren Sinn", Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 a Rdn 5
5) s. Art. 12 a Abs. 1 GG

Die Gleichwertigkeit der aufgezählten Wehrdienstarten[1] bedingt nicht eine gleichartige rechtliche Ausgestaltung. Rechtliche Unterschiede zeigen sich, abgesehen von einer unterschiedlichen Zuständigkeit des Bundes oder der Länder, besonders hinsichtlich der völkerrechtlichen Stellung der Diensttuenden, wenn auch der moderne Krieg tatsächlich zu einer weitgehenden "Gleichbehandlung" von Kombattanten und Nichtkombattanten führt[2]. Auf diesem Gebiet treffen § 2 ZivSchKG und § 3 KatSchG ausdrückliche Bestimmungen. Die völkerrechtlichen Auswirkungen haben aber keinen Einfluß auf die Feststellung, daß der Staatsbürger seiner Verteidigungspflicht im Innenverhältnis zum Staat durch die oben dargestellten Dienstarten nachkommen kann. Das BVerfG[3] hat sogar eine Geldabgabe einer öffentlichen Dienstleistung gleichgestellt: die Abgabe sei nur eine andere Form der in erster Linie geschuldeten persönlichen Dienstleistung[4]. Damit geht das BVerfG über die im Text vertretene Ansicht hinaus, indem es nicht einmal einen anderen persönlichen Dienst zur Voraussetzung macht.

Die Entwicklung des Wehrrechtes tendiert zur Abkehr von der traditionellen Auffassung des Wehrdienstes, wie sie noch Schmitt vertrat: "Die allgemeine gleiche Wehrpflicht ist das Recht und die Pflicht jedes Staatsbürgers, nach Maßgabe seiner Eignung den Staat und seine Ordnung nach innen und

---

1) § 4 WPflG zählt entgegen der Überschrift nicht die Arten des Wehrdienstes, sondern die Arten des Waffendienstes auf. Die Unterscheidung ist richtig getroffen im österr. Wehrgesetz, §§ 21, 24 Abs. 2: Dienst mit und ohne Waffe; auch im schweizerischen Wehrrecht ist der waffenlose Hilfsdienst weit aufgefächert und reicht etwa vom Intellektuellen-Hilfsdienst (HD-Gattung 12) bis zum Munitions-Hilfsdienst (HD-Gattung 21) als vollgültige Erfüllung der Wehrpflicht, vgl. K. Brunner, S. 57, 67 ff
2) Werner, Tendenzen S. 13
3) E 13, 167 (171)
4) so auch der Adorno-Bericht S. 31 f

außen m i t d e n W a f f e n zu verteidigen"[1]. Die Überschrift des Abschnitts I Nr. 3 des WPflG "Wehrdienstausnahmen" ist somit überholt. Sie paßt nicht recht für § 13 a (Ziviler Bevölkerungsschutz) und § 13 b (Entwicklungsdienst), im strengen Sinne auch nicht für § 12 (Zurückstellung) und § 13 (Unabkömmlichstellung)[2].

V. Die Wehrpflicht im Verfassungssystem

Das Grundgesetz trifft nur spärliche positive Aussagen über die Beziehung der Wehrpflicht zu den tragenden Prinzipien des Staates. Offenbar hat sich der Grundgesetzgeber gescheut, das Wehrrecht in den Vordergrund zu rücken[3]. Diese Zurückhaltung[4] ist seither beibehalten worden. Sie hat u. a. dazu geführt, daß eine einheitliche Wehrverfassung, wie sie die Weimarer Reichsverfassung noch enthielt, nicht geschaffen wurde. Die einzelnen Vorschriften sind vielmehr bei den Regelungen der mehr oder weniger angesprochenen Sachgebiete eingefügt.

Wenn man den Rechtscharakter der Wehrpflicht als einer der Gemeinschaft gegenüber bestehenden Pflicht kennzeichnet, kann diese Beziehung weitere Aussagen ermöglichen. Der Blick richtet sich auf diejenigen Verfassungsprinzipien, die gewissermaßen 'gemeinwohlhaltig' sind. Dazu zählen die Verfassungssätze über die Begriffe Republik, Demokratie, sozialer Rechtsstaat und über die Grundrechte[5]. Eine spezifische Aussage über das Wohl der Allgemeinheit trifft offenbar das Sozialstaatsprinzip.

---

1) Verfassungslehre S. 254, so auch: von der Heydte, Staatslexikon Sp. 494; Fuchs-Kölper, Stichwort "Wehrpflicht" S. 432; - richtig: von Löwenstern, Wehrkunde 1969, 440
2) Korbmacher DVBl 1969, 189
3) zur Entstehungsgeschichte: Süsterhenn S. 267 f; die politischen Zusammenhänge stellt Wettig S. 353 ff dar; vgl. auch Doehring S. 45
4) Forsthoff, Merkur 1960, 811 und Sachau S. 32 führen sie auf den Vorbehalt der Besatzungsmächte zurück.
5) Häberle, öffentliches Interesse S. 713

1. Die Beziehungen der Wehrpflicht zum Sozialstaatsprinzip

Bei der Einführung der allgemeinen Wehrpflicht nach der durch den verlorenen Krieg ausgelösten Unterbrechung war heftig umstritten, ob das Grundgesetz eine solche Einführung ohne Änderung zuließ[1]. Nach der Neufassung des Art. 73 Ziff. 1 GG, worin dem Bund die ausschließliche Gesetzgebung über die Verteidigung zugesprochen wurde, brauchte diese Frage nicht mehr entschieden zu werden[2]. In seiner Grundsatzentscheidung vom 12. Dez. 1960 hat das BVerfG bekräftigt, daß die auf Grund von Art. 73 Ziff. 1 GG eingeführte allgemeine Wehrpflicht dem Grundgesetz nicht widerspricht[3].

Die Frage nach den Auswirkungen der neugeschaffenen Verpflichtung auf das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Bürger und Staat rückt das Sozialstaatsprinzip in den Vordergrund.
Die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht bedeutet eine weitgehende Beschränkung der verfassungsrechtlich verbürgten Freiheit[4].
Es ist unbestritten, daß das Sozialstaatsprinzip Bestandteil der die Entfaltungsfreiheit begrenzenden verfassungsmäßigen Ordnung i. S. des Art. 2 Abs. 1 GG ist[5]. Das Sozialstaatsprinzip ist in dieser Funktion sowohl Sachwalterin des Gemeinwohls als auch Richtschnur für die Einordnung des einzelnen in die Gemeinschaft. Hier treffen sich die Wertordnung der Grundrechte, die die Würde des Menschen wahren will, mit den unverzichtbaren Notwendigkeiten des Gemeinwesens.

---

1) vgl. die Dokumentation "Der Kampf um den Wehrbeitrag", insbesondere Bd. 2, 1 S. 437 ff
2) dazu Lerche evStL Sp. 239
3) E 12, 45 (50)
4) Lerche evStL Sp. 245
5) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 25; Nipperdey, Marktwirtschaft S. 37; Huber, Rechtsstaat S. 263; Bachof VDStRL 12, 42; Dürig JZ 1953, 197; Maunz-Dürig-Herzog Art. 2 Rdn 24; C. Arndt S. 4, 6; BVerfGE 6, 32 ff

Gegenstand und Betätigungsfeld sozialstaatlichen Handelns sind nicht nur Pflichten des Gemeinwesens gegenüber den Bürgern. Dieser Aspekt hat allerdings nach dem verlorenen Kriege naturgemäß im Vordergrund gestanden. Es bestand Einigkeit darüber, daß das Sozialstaatsprinzip auf Teilhabe des einzelnen an Leistungen des Staates abzielt[1]. Die ökonomische Hilfe ist aber nicht mehr allein angesprochen; auch der geistig-kulturelle Bereich zählt z. B. zu den vom Staat zu stützenden Freiheiten[2]. Es ist darüber hinaus nicht zu verkennen, daß inzwischen außer der staatlichen H i l f e auch andere Bereiche des Verhältnisses des Bürgers zu seinem Staat angesprochen sind[3]. Das Sozialstaatsprinzip beinhaltet auch die P f l i c h t e n des Bürgers gegenüber dem Staat, die diesen erst in den Stand setzen, seine Aufgaben zu erfüllen[4]. Die Einführung der Wehrpflicht läßt auf diese Weise das Sozialstaatsprinzip in einem neuen Licht erscheinen[5]. Die Wehrpflicht ermöglicht es dem Staat unter den erwähnten Verhältnissen erst, den Schutz der Gesamtheit zu gewährleisten. Damit ist sie unter der Geltung des Grundgesetzes eine soziale Pflicht[6]. Sie wird durch das Sozialstaatsprinzip beeinflußt und wirkt ihrerseits auf das Sozialstaatsprinzip ein[7].

---

1) von Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm VII 3
2) Hollerbach VDStRL 26, 89; teilw. abl. Stern evStL Sp. 2094
3) Zacher AöR 93 (1968), 343; Rohwer-Kahlmann, Bogs-Festschrift S. 112, 118 wendet sich gegen die Verengung des Begriffs des sozialen Rechtsstaats auf ein Schutzprinzip
4) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 27; Fechner S. 14; Dürig JZ 1953, 197; W. Bogs, Rechtsstaat im Verfassungsrecht S. 52; Erbe S. 315; Huber, Rechtsstaat S. 263; Hamel S. 29; Kemman S. 134; Kägi S. 143; Rudolph, Truppenpraxis 1970, 904
5) Martens S. 125; Rumpf S. 34
6) Scheuner, Wehrstruktur-Gutachten S. 117
7) vgl. Martens S. 125; Rudolph, Truppenpraxis 1970, 904

Gegen diese Einordnung der Wehrpflicht scheint allerdings zu sprechen, daß sie schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts allgemeine Bürgerpflicht ist, ohne daß sich der Staat als Sozialstaat bezeichnet hätte. Dieser Einwand verliert seine Kraft, wenn man berücksichtigt, daß sich die Wehrpflicht im vorigen Jahrhundert keineswegs harmonisch in das Verhältnis Bürger-Staat einfügte. Während des idealistisch-enthusiastischen Beginns der Befreiungskriege war die allgemeine Wehrpflicht eine vom selbstbewußten Bürger bejahte Last. Man begrüßte die Abschaffung der Exemtionen, vor allem auch der Privilegien[1]. Die Restauration machte die Wehrpflicht wieder zu einer Untertanenpflicht. Dieser Bruch im Verhältnis Bürger-Staat war wohl eine der Ursachen für die ungewöhnlich lange dauernde Auseinandersetzung über Volksheer (Landwehr) und Königsheer (Linie). Anzeichen für die Enttäuschung des Bürgertums dürfte die Verklärung der Leistungen der freiwilligen Jäger in den Befreiungskriegen gewesen sein, obwohl die wirklichen Leistungen der Landwehr hinter den militärischen Erfolgen der Linie zurückblieben[2]. Der sich entwickelnde liberale Staat war innerlich durch die Freiheit v o m Staat im Gegensatz zur Freiheit z u m Staat oder auch nur zur Freiheit i m Staat gekennzeichnet. Die Wehrpflicht als eine durch Rechtszwang gesicherte Verpflichtung zum aktiven Einsatz für eine Gemeinschaftsaufgabe gab es im liberalen Staat sozusagen nur ausnahmsweise[3]. Dieser "Nur-Sicherheits-Rechtsstaat" wäre in Verlegenheit gekommen, hätte er die allgemeine Pflicht zur Wehr begründen müssen[4].

---

1) Mürmann S. 28
2) Menger, Wahlrecht S. 11 ff
3) Fechner S. 14
4) Jahrreiss S. 21, 24

2. Wehrpflicht und soziale Gleichheit

Wenn die Wehrpflicht mit der übrigen Stellung des Bürgers im Staat in Einklang stehen soll, wird man bejahen, daß sie gerade zur Wahrung der Grundrechte des einzelnen ihren Platz im sozialen Rechtsstaat findet. Diese Sachlage darf man als Ausgleich zwischen individuellem Recht und dem Staatsinteresse ansehen[1]. Das Sozialstaatsprinzip übernimmt die Aufgabe, den einzelnen in die Gemeinschaft einzuordnen, indem es Freiheit und Bindung in ein ausgeglichenes Wertverhältnis bringt[2]. Das ausgeglichene Wertverhältnis steht stellvertretend für Gerechtigkeit; ein unausgeglichenes Wertverhältnis ist ungerecht. Gerechtigkeit beinhaltet aber gerade Gleichheit[3]. Damit ist die Brücke zwischen dem Sozialstaats- und dem Gleichheitsprinzip geschlagen[4]. Der Gleichheitssatz wird seinerseits durch sein soziales Substrat geprägt[5]. Er ist daher in sozialstaatlichem Sinn auszulegen[6] und erhält durch die Sozialstaatsmaxime eine materiale Inhaltsbestimmung[7]. Das sozialstaatliche Verständnis des Gleichheitssatzes sieht in ihm im Ergebnis die soziale Gerechtigkeit enthalten[8].

Damit führt das Sozialstaatsprinzip über die frühere Auffassung von der Gleichheit als Gleichheit vor dem Gesetz hinaus. Neben dem demokratischen Prinzip, das die egalitäre, schematische Gleichbehandlung anstrebt[9], drängt das Sozialstaatsprinzip auf gleichmäßige Beteiligung an den Staatsleistungen;

---

1) Rumpf S. 34; Martens S. 125
2) Nipperdey, Marktwirtschaft S. 37; Fechner S. 14, Leibholz, Verfassungsrecht S. 41
3) Böckenförde S. 70 f
4) BVerfGE 9, 124 (131); Ipsen VDStRL 12, 119 ff; Weber DSt 4, 410; Herzog DVBl 1970, 715; Bender S. 356; abw. Berndl S. 143, 152
5) Ipsen, Gleichheit S. 175; Leibholz, Verfassungsrecht S. 34 f, 38; Wimmer S. 110
6) Huber, Rechtsstaat S. 264; Reuss-Jantz S. 31; Beitzke S. 210; Herzog evStL Sp. 698; BVerfGE 22, 83 (86)
7) Leibholz, Verfassungsrecht S. 41
8) Schulz-Schaeffer S. 166
9) Leibholz, Gleichheit S. 24 f; Böckenförde S. 70

dazu gehören auch die "nachteiligen Leistungen", die Lasten und Pflichten, Eingriffe und Interventionen[1].

Als Ergebnis kann festgehalten werden: Die allgemeine Wehrpflicht schränkt das allgemeine Freiheitsrecht ein. Diese Einschränkung ist nach Art. 2 GG zulässig, weil sie von der verfassungsmäßigen Ordnung gedeckt ist. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört das Sozialstaatsprinzip. Die Wehrpflicht als gemeinschaftsbezogene Pflicht[2] hat ihren Standort in diesem Prinzip. Das allgemeine verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundrecht wird u. a. durch das Sozialstaatsprinzip inhaltlich bestimmt, indem nicht nur das geltende Recht ohne Willkür Anwendung findet, sondern im realen Ergebnis eine gleichmäßige Behandlung erzielt werden soll[3].
Diese Feststellung verlangt eine Klärung des rechtlichen Gehalts des Sozialstaatsprinzips, und zwar im Hinblick auf das Gleichheitsgrundrecht[4].

VI. Der Gehalt des Sozialstaatsprinzips

1. Zur Entstehungsgeschichte

Der Konvent von Herrenchiemsee hat davon abgesehen, den Begriffsinhalt des Sozialstaats[5] näher zu strukturieren. Sei-

---

1) Scheuner, Entwicklung S. 496; Lerche AöR 90 (1965), 343; zu dem Wechselbezug zwischen Belastung und Begünstigung vgl. BVerfGE 17, 1 (23) und die Kritik dazu bei Zacher AöR 93 (1968), 376
2) BVerfGE 12, 45 (51); für die Steuerpflicht: BVerfGE 13, 331 (348)
3) Hesse AöR 77 (1951), 219 ff
4) Leibholz (Verfassungsrecht S. 37, 40) hält nur eine solche gebundene Inhaltsbestimmung des Sozialstaatsprinzips für zulässig. Die Maxime vom sozialen Rechtsstaat sei für sich allein nicht justiziabel; vgl. Ipsen, Gleichheit S. 150, 184
5) Richtiger ist es, vom "sozialen Staat" zu sprechen, wie es das Grundgesetz tut, da so der erste Eindruck vermieden wird, es handele sich um einen verfassungsrechtlich durchgebildeten Begriff, Suhr DSt 9, 73. Im Verlauf der Untersuchung wird die Bezeichnung 'Sozialstaat' wegen der sprachlichen Kürze gewählt.

nerzeit standen nicht nur Regelungen hinsichtlich einer "sozialen Gesamt-Ordnung", sondern auch "soziale Grundrechte" im Blickpunkt der politischen Interessen. Überwiegend politische Überlegungen haben dann dazu geführt, daß einerseits auf die Festlegung kultureller, andererseits auf die Festlegung sozialer Grundrechte verzichtet wurde[1], so daß das Grundgesetz den Leitgedanken des Sozialstaats ein wenig am Rande aufgenommen hat[2]. Darüber hinaus hielt man Rechtsbestimmungen über die sogenannten Lebensordnungen wegen des provisorischen Charakters des Grundgesetzes für entbehrlich. Dazu kam das Bewußtsein, nicht übersehen zu können, wie die sozialwirtschaftliche Struktur sich entwickeln werde[3]. Es muß daher bezweifelt werden, ob im Parlamentarischen Rat ein Minimum an gemeinsamen, juristisch faßbaren Vorstellungen über den Inhalt des Sozialstaatsgrundsatzes bestand[4]. Jedenfalls ist die Ansicht unzutreffend, über das konkrete "Wie" des sozialen Ausgleichs hätten bei den im Parlamentarischen Rat vertretenen Parteien bestimmte gemeinsame Vorstellungen bestanden[5].

Eine Erörterung über das Sozialstaatsprinzip wird gern an den Kampfruf der französischen Revolution 'fraternité' an-

---

1) Abendroth VDStRL 12, 88 f, 92; Merk VDStRL 12, 103; Weber DSt 4, 414 f

2) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 31; Scheuner JurJahrb 10 (1969), 1, 5; vgl. Schüle VDStRL 12, 106 f. Es handelt sich bei der Klausel "sozialer Bundesstaat" um einen dilatorischen Formelkompromiß (diese Bezeichnung prägte Schmitt, Verfassungslehre S. 31 ff). Von einem solchen Kompromiß kann immer dann gesprochen werden, wenn sich die gegensätzlichen politischen Kräftegruppen ausschließlich darüber einig werden konnten, daß die Entscheidung über die Sachfrage zu vertagen sei; so sollte die Formulierung des Sozialstaats nicht der Erledigung der Streitfragen, sondern dazu dienen, die verschiedenen Lösungen offen zu halten.

3) Zu dieser Entstehungsgeschichte Weber DSt 4, 411 ff; Isensee S. 144 f; s. a. Ebbinghaus SJZ 1947 Sp. 148

4) Abendroth nimmt eine solche Einigkeit hinsichtlich der Demokratisierung der Gesellschaft und der Sozialisierung der gesellschaftlichen Produktionsgüter an, Bergstraesser-Festschrift S. 297

5) so aber Weisel S. 35 f

knüpfen[1]. In der Tat gibt es eine historisch nachweisbare Verbindung zwischen dem Begriff der Brüderlichkeit und dem des Sozialen[2]. Für die Auslegung des Begriffs Sozialstaat ist damit aber nur wenig gewonnen.

Im folgenden soll nach einem Blick auf den Stand der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte eine gedrängte Bestandsaufnahme der Äußerungen im Schrifttum gegeben werden, um so zu einer Ausgangsbasis zu kommen.

2. Das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung

Die Konkretisierung der Sozialordnung war unter der Weimarer Reichsverfassung immer mehr der Rechtsprechung zugewachsen. Das lag zum Teil an der Praxis der Wirtschaftsverwaltung, an deren Entwicklung auch die Rechtsprechung korrigierend teilnahm, andererseits aber auch an der Lähmung des Gesetzgebers durch die parteipolitischen Gegensätze[3]. Heute erwartet man von der Rechtsprechung immer mehr ausgleichende Schlichtung[4]. Das BVerfG greift häufig auf das Sozialstaatsprinzip zurück[5]. Es kann an dieser Stelle kein Abriß der Rechtsprechung zum Sozialstaatsprinzip gegeben werden. Nach einer Analyse der Spruchpraxis des BVerfG kommt Weber zu dem Ergebnis, daß es in keinem Falle aus dem Sozialstaatsprinzip positive oder negative Folgerungen gezogen hat, zu denen es nicht ohnehin gelangt wäre[6]. Dieses Zeugnis kann man - mit einigen Einschränkungen - auch den übrigen Bundesgerichten ausstellen[7].

---

1) Thoma VDStRL 12, 4; Forsthoff VDStRL 12, 10 f; Frey AuR 1961, 298; vgl. Schmidt S. 27
2) Werner, Arndt-Festschrift S. 466; Rohwer-Kahlmann, Bogs-Festschrift S. 112; Küchenhoff JR 1959, 285; teilw. abw. Krüger, Maunz-Festschrift S. 251 ff
3) Menger, moderner Staat S. 18 ff
4) Baur JZ 1957, 193; Werner, Tendenzen S. 26
5) Weber DSt 4, 429 f; a. A. Zacher AöR 93 (1968), 370: es unterliege einem undurchdringlichen Gesetz des Zufalls, in welchen Fällen sich das BVerfG des Sozialstaatsprinzips erinnere
6) DSt 4, 431
7) vgl. im einzelnen Schmidt passim; für das BArbG: Forsthoff, Verfassungsauslegung S. 29; Müller BABl 1964, 728; für das BSozG vgl. Rohwer-Kahlmann, Bogs-Festschrift S. 115 ff

Im allgemeinen haben sich die Gerichte auf das Sozialstaatsprinzip nur im Zusammenhang mit anderen Vorschriften berufen, die mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips inhaltlich näher bestimmt wurden[1]. Mit einer leichten Überbetonung kann man sagen, daß das Sozialstaatsprinzip nur zur Kontrolle einer gerechten Entscheidung herangezogen wurde[2]. Allerdings ist besonders zu vermerken, daß das Prinzip für die Interpretation des Gleichheitssatzes besondere Bedeutung erlangt hat[3]. So vor allem BVerfGE 5, 85 (206): das Sozialstaatsprinzip solle schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maß verwirklichen; es wirke in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller und erstrebe die annähernd gleichmäßige Förderung des Wohls aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten[4]. Die Aufgabe des Gesetzgebers beschreibt es mit: ein Recht zu schaffen, das den Idealen der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit, Gleichheit und Billigkeit entspricht[5]. Die Rechtsprechung steht damit auf dem Standpunkt, das Sozialstaatsprinzip könne den Richter erst nach weiterer inhaltlicher Präzisierung durch den Gesetzgeber binden[6]. Dabei habe der Gesetzgeber einen weiten Raum für freie Gestaltung[7]. Bis dahin kann das Prinzip einen Maßstab nur unter Zuhilfenahme anderer Bestimmungen des Grundgesetzes abgeben, vor allem des Rechts auf Entfaltung der freien Persönlichkeit und des Gleichheitsgrundrechtes. Ob man in dieser Haltung eine "Scheu vor der sozialpolitischen Stellungnahme" sehen kann[8], mag dahinstehen.

---

1) Leibholz, Verfassungsrecht S. 38; Schmidt S. 47
2) vgl. BAGE 1, 185 (192)
3) BVerfGE 9, 124 (131); 10, 204 (270 f); 22, 83 (86)
4) BVerfGE 5, 85 (198); vgl. BVerfGE 22, 180 (204)
5) BVerfGE 1, 97 (100)
6) so schon BVerfGE 1, 97 (105); Schmidt S. 34 f, 39, 46
7) BVerfGE 10, 354 (371); 18, 257 (267, 273); 22, 180 (204)
8) Zacher AöR 93 (1968), 361

3. Das Sozialstaatsprinzip im Schrifttum

Um einen Überblick über die Fülle der Aussagen zur Sozialstaatsklausel zu gewinnen, sollen bestimmte Oberbegriffe herausgestellt werden, wenngleich die jeweilige Ansicht dadurch nicht mehr im Zusammenhang zu erkennen ist. Das Sozialstaatsprinzip ist danach zu verstehen:

a) als Leerformel[1)]

b) als Programm, das noch der Verwirklichung bedarf[2)]

c) als sozialethisches Bekenntnis[3)]

d) als Staatszielbestimmung[4)]

e) als Ermächtigung und Auftrag an den Gesetzgeber zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit im Sinne eines Ausgleichs[5)]

---

1) Forsthoff VDStRL 12,36 (typusbestimmendes Kennzeichen, nicht aber Rechtsbegriff);Grewe DRZ 1949,351 (substanzloser Blankettbegriff, der wohl keine Rechtswirkung erzeuge);Ipsen,Über das Grundgesetz, S.14 (proklamierter Verfassungsgrundsatz ohne Aktualisierung;Schnorr S.261 f (politischer Substanzbegriff, nicht aber Rechtsbegriff)

2) Maunz, Staatsrecht § 10 II 4;Wernicke BK Art. 20 II 1 d. - A.A.die h.L.,vgl.:von Mangoldt-Klein Art. 20 Anm VII 2 a; Stern evStL Sp. 2093;Wolff,VerwR III § 138 I c

3) Naumann VDStRL 12, 114; Wernicke BK Art. 20 Anm II 1 d

4) Abendroth VDStRL 12, 92; Bachof VDStRL 12, 80; Bender S. 355; Berndl S. 146; Forsthoff VDStRL 12, S. 27 f, 36; Gerber AöR 81 (1956), 30; Ipsen, Über das Grundgesetz S. 14; ders. VDStRL 10, 85; Klein ZgesStW 106 (1950), 398; Leibholz, Verfassungsrecht S. 36 f; Mallmann VDStRL 19, 191 f; Weber DSt 4, S. 415 f, 433; a. A. Podlech, Gleichheitssatz S. 109 FN. 18, abweichend auf S. 115

5) Abendroth,Bergstraesser-Festschrift S.285 f;Bachof VDStRL 12, S. 34,44;Berndl S.143,146;Dürig JZ 1953,196;Ebbinghaus SJZ 1947,Sp.141; Häberle,Wesensgehalt S.189 f;Herzog DVBl 1970,714;ders.,Staatslehre S.144 (Auftrag zur Förderung des allgemeinen Wohlstandes,Daseins-,Wachstums- und Fortschrittsvorsorge,Gleichheitsverwirklichung,S.388,394);Hesse, Grundzüge S.84; Ipsen VDStRL 10,74;Kemman S.143 f (Ausgleichsfunktion der die Gesamtheit angehenden Lasten); Köttgen, Muthesius-Festschrift S.440;Maunz,Staatsrecht § 10 II 4;Menger,sozialer Rechtsstaat S.31;Stern evStL Sp. 2093; Winkelvoß DRiZ 1966, 334; Wolff,VerwR III § 138 I a

f) als Grenze gesetzgeberischer Gestaltung[1)]

g) als Wertentscheidung des Grundgesetzes[2)]

h) als bindende Norm für die Staatsorgane und Ermessensrichtlinie[3)]

i) als Auslegungsrichtlinie, die eine einseitig-individualistische Auslegung der Grundrechte ausschließt[4)]

j) als soziale Bindung der individuellen Freiheit und Verpflichtungsmaxime[5)]

---

1) Bachof VDStRL 12, 80 f; Kemman S. 142; Menger, sozialer Rechtsstaat S. 30; Nipperdey VDStRL 12, 98; Rumpf S. 29
2) Gerber AöR 81 (1956), 37 ff; Rinck JöR 10 (1961), 292
3) Bachof VDStRL 12, 39 ff; Forsthoff VDStRL 12, 36; Gerber AöR 81 (1956), 30 f; Nipperdey, Marktwirtschaft S. 37; Wolff, VerwR III § 138 I c
4) Bachof VDStRL 12, 80; Dürig JZ 1953, 197; Forsthoff VDStRL 12, 36; Friesenhahn S. 178 f; Hamann-Lenz Art. 20 B 3 a; Leibholz, Verfassungsrecht S. 37 f; Reuss-Jantz S. 22, 31; Wolff, VerwR III § 138 I c 5; Zacher AöR 93 (1968), 383
5) Bachof VDStRL 12, 80 f; W. Bogs S. 509 f; Dürig JZ 1953, 196 f; Erbe S. 315 f; Fechner S. 14; Gerber AöR 81 (1956), 39 ff; Hesse, Grundzüge S. 84; Huber, Rechtsstaat S. 606 f; Krüger VDStRL 12, 111; Martens S. 125 FN. 18 (speziell hinsichtl. der Wehrpflicht); Menger, sozialer Rechtsstaat S. 27; Nipperdey, Marktwirtschaft S. 37; Reuß JR 1957, 1; Wieacker S. 25; Wolany S. 156; Wolff, VerwR III § 138 I d (Soziabilitätsprinzip, Solidaritätsmaxime). - Kritisch dazu Weber DSt 4, 418; einschränkend Gamillscheg S. 51.
Einen Gegensatz zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat, zwischen Freiheit und Teilhabe betonen: Forsthoff VDStRL 12, S. 19, 44 f; ders., Giannini-Festschrift S. 575 ff; Herzog, Staatslehre S. 383, 395; Klein, ZgesStW 106 (1950), 404; Lerche AöR 90 (1965), 348; wohl auch Schüle VDStRL 12, 106 f; Weber DSt 4, 432 ff; Wolff, VerwR I § 11 II c; differenzierend Suhr DSt 9, 93; a. A. Scholler S. 103
Gegen den vormundschaftlichen Wohlfahrtsstaat: Menger, sozialer Rechtsstaat S. 30; Bender S. 364 ff

k) als Anspruchsgrundlage[1)]

l) als institutionelle Garantie des sozialrechtlichen status quo[2)]

m) als Gewährleistung einer bestimmten Wirtschafts- oder Gesellschaftsordnung[3)]

n) als Rechtsquelle für "Rechtsgrundsätze"[4)]

---

1) Dürig JZ 1953, 197 f (Existenzminimum); Hamann-Lenz Art. 20 B 3 a; Kemman S. 143 (Fürsorgeanspruch bei unverschuldeter Hilfsbedürftigkeit); Reuss-Jantz S. 29 (Lohnanspruch bei faktischem Arbeitsverhältnis); Stern evStL Sp. 2098 (Erweiterung bestehender Anspruchsgrundlagen); grds. bejahend Müller BABl 1964, 728. - A. A.: A. Hueck S. 72; Leibholz, Verfassungsrecht S. 36 f; Menger, Anm. zu JZ 1953, 182 (statt dessen negat. Abwendungsanspruch); Werner, Tendenzen S. 14 f (gegen den sozialen Rechte-Staat).
In Form der Drittwirkung der Grundrechte: Nipperdey VDStRL 12, 97; a. A. Forsthoff, Giannini-Festschrift S. 585

2) Huber, Rechtsstaat S. 610 f; Kemman S. 142; Lerche, Übermaß S. 231; Weber DSt 4, 416. - A.A.: Suhr DSt 9,92; Wolff, VerwR III § 138 I c 2

3) Abendroth VDStRL 12, 98 f (Gestaltungsauftrag zu einem demokratischen Staat); C. Arndt S. 5 f (Auffüllung des Sozialstaatsprinzips mit dem Godesberger SPD-Programm); Badura AöR 92 (1967), 394 f (Marktwirtschaft); Berger S. 104 f (Gemeinwohl auf der Grundlage eines umfassenden Welt- und Menschenbildes); Hartwich S. 344 ff, 348 ff (dem GG entspreche das Sozialmodell der Demokratisierung und Sozialisierung); Kraus S. 31 ff (zwischen den gleichwertigen Ordnungsüberzeugungen habe der Staat den Ausgleich herbeizuführen); Nipperdey, Marktwirtschaft S. 13 und passim (soziale Marktwirtschaft); Simitis S. XV (das Sozialstaatsprinzip solle die geschichtliche Entwicklung der Gesellschaft ermöglichen); Skuhr S. 119 f; Wimmer S. 71. Gegen ideologische Auslegungen: Berndl S. 137 ff; W. Bogs S. 516; Köttgen S. 442; Olbersdorf AuR 1955, 135; Schnorr S. 259 f

4) Weisel S. 38 f (Rechtsgrundsatz des Armenschutzes, des Existenzminimums, der Beschränkung der Starken)

o) als Rechtssatz[1)]

p) als verfassungsrechtlicher Grenzbegriff, der nur eine negative Feststellung und Prüfung ermöglicht[2)]

Die Bestandsaufnahme zeigt, daß das Schrifttum zu einer allgemeingültigen Bestimmung des Gehalts der Sozialstaatsklausel nicht gelangt ist[3)]. Der Vorschlag einer Negativdefinition ist Indiz für die besondere Schwierigkeit und wohl auch Unmöglichkeit einer positiven Definition[4)]. Etwas anderes konnte eigentlich nicht erwartet werden, weil diese Formel als historisch, politisch und ideologisch geprägter Begriff juristisch kaum erschließbar ist[5)]. Sie verführt eher dazu, einen historisch-politisch beeinflußten Inhalt unterzuschieben und ihn dann für den einzig richtigen zu erklären[6)]. Dieser Versuchung ist das Schrifttum im allgemeinen nicht erlegen.

---

1) Benda S. 64 (selbst ein Programmsatz verbiete der Legislative jede Zuwiderhandlung, daher sei das Sozialstaatsprinzip positiver Rechtssatz); Bender S. 356 (das Sozialstaatsprinzip sei Verfassungsrechtssatz, weil die Ordnung in den Ländern gemäß Art. 28 GG an das Prinzip gebunden sei)
2) Bachof VDStRL 12, 124; von der Heydte VDStRL 12, 108 f; Jellinek VDStRL 12, 117 f
3) Weber DSt 4, 429
4) Luhmann S. 61 FN. 32
5) Wolff, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 51
6) Weber DSt 4, 418; Schnorr S. 264

VII. Funktionen des Prinzips des sozialen Rechtsstaats

1. Modalität

Die Fülle der in der Literatur vertretenen, teilweise divergierenden Ansichten darf nicht die weitgehend gesicherten, richtungsweisenden Erkenntnisse verdecken. Dazu gehören die Forderungen an den Gesetzgeber hinsichtlich der Modalität der Normsetzung im Sachbereich des Sozialen[1]. Dieser Aspekt ist bisher kaum in den Vordergrund getreten. Der Grund dafür mag u. a. darin liegen, daß eine Erörterung dieser Frage allzuleicht mit der Gewährleistung sog. "sozialer Grundrechte"[2] in Zusammenhang gebracht werden konnte. Einer dahingehenden Deutung der Grundrechte steht die Tatsache entgegen, daß das Grundgesetz das Sozialprogramm der Weimarer Reichsverfassung nicht übernahm, geschweige denn fortentwickelte. Schon darin ist eine Absage an "soziale Grundrechte" zu sehen[3]. Diese in Probleme der politischen Auseinandersetzung reichende Streitfrage braucht aber nicht von den Erkenntnissen abzulenken, die die Rechtslehre bezüglich der Art und Weise der Sozialgesetzgebung gewonnen hat.

Im allgemeinen ist bei einer Aufgabe, die die soziale Wirklichkeit stellt, nicht der W e g entscheidend, auf dem die Aufgabe gelöst wird, sondern vielmehr, daß sie überhaupt bewältigt wird. Es gibt aber auch Fälle, in denen die Frage nach dem "Wie" in den Vordergrund rückt[4]; sicherlich dann,

---

1) Bachof VDStRL 12, S. 40, 122; Dürig JZ 1953, 199; Schmidt-Bleibtreu-Klein S. 292; Abendroth VDStRL 12, S. 89; Weber DSt 4, 433; Berndl S. 144; vgl. BVerfGE 12, 354 (367); 18, 257 (273)

2) dazu H. Huber, Soziale Verfassungsrechte?, insbes. S. 11

3) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 21; Leibholz, Verfassungsrecht S. 37; Herzog, Staatslehre S. 384 ff; v. Mangoldt-Klein, I. Die Grundrechte, Vorbem. B. VI 1; Suhr DSt 9, 71. - Darmstaedter (S. 18) plädiert für ein soziales Grundrecht auf Ausbildung aus Art. 12 GG, vgl. dazu Werner, Tendenzen S. 9; Tomandl fordert die Ausgestaltung "sozialer Grundrechte" durch einfaches Gesetz, nicht aber ihre verfassungsrechtliche Verankerung, S. 20 ff, 24 ff

4) Suhr DSt 9, 80; W. Bogs S. 517 f

wenn ein öffentliches Interesse an der Modalität besteht. Bei jeder allgemeinen Pflichtenregelung ist das Gemeinwohl neben dem Einzelinteresse wegen der unmittelbaren sozialen Auswirkung angesprochen. Das gilt in erster Linie bei der Wehrpflicht[1].

2. Übermaßverbot

Grundsätzlich trifft das rechtsstaatliche Übermaßverbot eine Aussage über das "Wie"[2]. Das Übermaßverbot, d. h. die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, setzt einen Eingriff in Individualrechte oder mindestens ein Eindringen in einen Rechtsbezirk voraus[3]. Im vorliegenden Fall könnte man von einem Eingriff oder einem Eindringen in einen geschützten Rechtsbezirk für das Faktum der Normierung der Wehrpflicht selbst sprechen, die den Bürger von da ab in neuer und zusätzlicher Weise belastete. Die Berechtigung der Wehrpflicht an sich ist aber nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Hier interessiert die Herausnahme einer bestimmten Gruppe aus der Wehrdienstpflicht. Eine Differenzierung innerhalb einer im wesentlichen gestalteten Sozialmaterie kann aber dem Gesetzgeber nicht kurzerhand aus dem Gedanken des Übermaßverbotes nachgerechnet werden. Bei Differenzierungen ist das Übermaßverbot keine scharfe Waffe, weil zwei verschiedene Adressaten der umstrittenen Norm zu betrachten sind. Die Angemessenheitsbegriffe im Gleichheitssatz und im Übermaßverbot unterscheiden sich daher zwangsläufig[4]. Das bei jedem Eingriff in Betracht kommende Übermaßverbot braucht eben nicht auf verschiedene Adressaten und auf verschiedene Zwecke einzugehen[5].

---

1) vgl. Häberle, öffentliches Interesse S. 71 FN. 74; von Zezschwitz S. 131 ff; Weber DSt 4, 430; BVerwGE 20, 240 (244)
2) Dürig JZ 1953, 199
3) Isensee S. 88 ff; vgl. Lerche, Übermaß S. 22 f
4) Lerche, Übermaß S. 30; vgl. Wolff, VerwR I § 33 VI c
5) Seißer S. 18; vgl. dazu auch Isensee S. 91

3. Das Rücksichtsprinzip

Bereits zu Beginn der Diskussion über den Begriff des sozialen Rechtsstaats hat Menger darauf hingewiesen, daß das Wort "sozial" die Grundbedeutung "Rücksichtnahme" hat[1]. Rücksichtnahme bedeutet im Grundgesetz nicht nur ethisches Prinzip, sondern positive Aussage für das Verhältnis der Bürger untereinander und zum Gemeinwesen[2]. Das hat u. a. auch in Art. 2 Abs. 1 GG Ausdruck gefunden, wonach die Freiheit des einzelnen endet, sobald Rechte anderer verletzt werden oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen das Sittengesetz verstoßen wird[3]. Art. 2 Abs. 1 GG nimmt jedoch nicht nur eine Abgrenzungsfunktion wahr zwischen dem Freiheitsrecht des einen und den unantastbaren Rechten des anderen. Mit der Bezugnahme auf die verfassungsmäßige Ordnung und damit auf das Sozialstaatsprinzip wird eine umfassende Gemeinschaftsbezogenheit deutlich[4]. Es kommt daher nicht nur ein R e c h t des anderen in Betracht. Die Rücksichtnahme fordert auch, auf die Verwirklichung eigener I n t e r e s s e n zu verzichten, soweit die Befriedigung objektiv höherwertiger Interessen anderer sonst vereitelt würde[5]. Das fordert letztlich das Gerechtigkeitsgebot: "Der Gedanke

1) sozialer Rechtsstaat S. 24 ff; ähnlich Nipperdey, Marktwirtschaft S. 38 (freiwilliges und selbstverantwortliches sozialverpflichtetes Verhalten); Suhr DSt 9, 84 f (wechselseitiges Entgegenkommen in der Form einer Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen); Marcic S. 411, 415 f (Rücksicht und Schonen); Gerber S. 40; Ridder S. 14; Krüger, Staatslehre S. 510 f; Hecklinger S. 22, 61 f (Kernprinzip der Sozialstaatsklausel ist das Gebot der Rücksichtnahme und Verantwortungsbereitschaft); Denninger S. 306 (das rechtliche Gebot, in allen Konfliktslagen ein Maximum an Konsens und ein Minimum an ungelösten Restdivergenzen anzustreben); vgl. Wolany S. 156 f; a. A.: Fechner S. 7 FN. 13; W. Bogs S. 516
2) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 31; Scheuner DÖV 1967,592 (für die Religionsfreiheit); a. A.: Ipsen, Gleichheit S. 173
3) Weber DSt 4, 430
4) Suhr DSt 9, 84 ff, 89
5) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 25 unter Bezugnahme auf H. J. Wolff, Die Gerechtigkeit als principium juris, in: Festschrift für Wilhelm Sauer S. 113

der Gerechtigkeit gipfelt in der Vorstellung der absoluten gegenseitigen Rücksichtnahme[1]." Aus dem engen Zusammenhang zwischen grundsätzlicher Freiheit und ihrer Begrenzung durch eine angemessene Regelung des Gebrauchs dieser Freiheit ergibt sich, daß der Staat um dieser gleichen Freiheit willen den sozial und wirtschaftlich Schwächeren schützen muß. Aus der Freiheit folgt die Gleichheit; Gleichheit ist Gegenseitigkeit der Freiheit[2]. Die Natur der Gesellschaft ist somit Gegenseitigkeit[3]. Dadurch tritt im Ergebnis eine Beschränkung der absoluten Freiheit ein[4]. - Würde nun der Staat eine Regelung des Gebrauchs der Freiheit unterlassen, wäre die Gegenseitigkeit der Rücksichtnahme nicht verbürgt. Das aber ist für den einzelnen die Voraussetzung für die eigene freiwillige Berücksichtigung von Interessen anderer[5]. Der Staat ist damit als Organisationsform der Genossenschaft der Bürger[6] Sachwalter und Garant der Rücksichtnahme innerhalb der staatlichen Gemeinschaft. Auch der Staat ist also dem Rücksichtsprinzip verpflichtet[7], und zwar besonders bei allen Normen, die die Bürger in einem Interessenwiderstreit betreffen oder - wie bei jeder Pflichtenregelung - einen Interessenwiderstreit schaffen können, wenn auch die sozialen Kontakte zwischen Staat und Bürger andere Lösungen erfordern als die der Bürger untereinander[8]. Auch das ist Sozialpflichtigkeit des Gemeinwesens gegenüber seinen Gliedern[9].

---

1) Stammler, Gerechtigkeit S. 399
2) Hieronymi S. 107
3) Hieronymi S. 112; Ipsen, Gleichheit S. 126 f; Häberle, Wesensgehalt S. 121; Birkner evStL Sp. 699; Küchenhoff JR 1959, 284 f
4) Nipperdey, Marktwirtschaft S. 37 f
5) Ebbinghaus SJZ 1947, Sp. 144
6) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 26
7) Menger, sozialer Rechtsstaat S. 27 f; vgl. Dibelius S. 45
8) Suhr DSt 9, 87
9) Hesse, Grundzüge S. 84 f

Damit werden keine inhaltlichen Direktiven für die Erfüllung des Sozialstaatsauftrags vorgeschrieben, daß z. B. die Steuerlast in einer bestimmten Progression fixiert werden müßte. Wenn aber der Gesetzgeber in Erfüllung des Sozialstaatsauftrags tätig geworden ist, kann die Modalität der Regelungen im einzelnen nicht nur nach unbeschränkt wandelbaren Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten getroffen werden wie beispielsweise eine Regelung des Straßenverkehrs, die einen nur ordnenden Effekt hat. Im Sozialstaat hat der Gesetzgeber einen weniger weiten Spielraum[1]; ihm steht die Gestaltung der sozialen Ordnung ohne konkrete Richtlinien hinsichtlich der Ziele offen, soweit eben nicht die Verfassung selbst Grenzen setzt[2]. Wenn man mit Bachof[3] in der Sozialstaatserklärung nicht nur eine Bejahung des "Ob" der staatlichen Zuständigkeit, sondern - in begrenztem Umfang - eine Beantwortung der Frage nach dem "Wie" dieser sozialgestaltenden Tätigkeit sieht, folgt daraus, daß der Gesetzgeber in Auswahl und Einschätzung der zulässigen Ziele frei bleibt; bei der Ausgestaltung muß er aber seiner Stellung als Sachwalter der Rücksichtnahme getreu handeln[4].

Im Prinzip der Rücksichtnahme liegt das Element, das den Ausgleich zwischen den Anliegen der öffentlichen Daseinsvorsorge und der freien Selbstbestimmung treffen soll[5]. Das Rücksichtsprinzip fördert die Entwicklung von "Spielregeln"[6] auf

---

1) Isensee S. 145 f
2) Weber DSt 4, 433; BVerfGE 17, 1 (23)
3) VDStRL 12, 122
4) zu weit geht Berndl (S. 144), die Sozialstaatserklärung bestimme das "Wie".
5) Menger, moderner Staat S. 30
6) Menger, moderner Staat S. 29; Hueck-Nipperdey Bd. II/2 S. 1003

dem Feld der Interessengegensätze[1]. Es schafft diese Spielregeln nicht aus sich, legitimiert und reguliert aber die in der Austragung der Interessen zwischen den Bürgern untereinander oder im Verhältnis Staat-Bürger entstehenden und bestehenden "rücksichtskonformen" Regeln und verfestigt sie zwecks allgemeiner Verbindlichkeit[2]. Zur Klarheit soll noch betont werden, daß mit solchen Spielregeln nicht "Modelle" gemeint sind, die die Gesellschaft - als ein Selbstregulierungsautomatismus verstanden - unter bestimmten Voraussetzungen produzieren mag[3]. Ferner werden die "Spielregeln" nicht etwa über die Sozialstaatsklausel zum I n h a l t der Verfassung. Sie können das Sozialstaatsprinzip als unterverfassungsrechtliche Regeln sui generis nicht ausfüllen. Hier gilt ähnliches wie für die Auslegung der Verfassung aus dem einfachen Gesetz, die zu Recht abgelehnt wird[4]. Die Eigenständigkeit des Verfassungsbegriffs "sozialer Rechtsstaat" schließt jedoch nicht aus, daß rechtliche Wirkungen von ihm ausgehen können[5].

So erweist es sich durchaus als vorteilhaft, daß der Gesetzgeber das Sozialstaatsprinzip bisher mit konkreten Normen nicht definiert hat. Wenn nämlich die vollziehende Gewalt

---

1) Suhr entwickelt aus dem Sozialstaatsprinzip für das Privatrecht drei Sozialregeln:
1. ein allseitiges Mehrseitigkeitsgebot für die rechtliche Regelung von Freiheitsprozessen in sozialen Lebensräumen,
2. ein Verschärfungsverbot bei vermögensbedingtem Freiheitsvorsprung des einen,
3. ein Milderungsgebot bei besonders einschneidenden Auswirkungen eines vermögensbedingten Freiheitsrückstandes, DSt 9, S. 74, 86 f

2) vgl. Schnorr S. 263; Wolff (VerwR I § 11 II b 5) sieht den sozialen Rechtsstaat in der Rolle des Arrangeurs und Schiedsrichters.

3) Herzog, Staatslehre S. 134 ff, 57 ff

4) Leisner JZ 1964, 201 ff

5) Suhr DSt 9, 71

und der Gesetzgeber angehalten sind, die rechtliche Statuierung des Staatsbürgers, so wie sie u. a. in den Grundrechten niedergelegt ist, zur Maxime sozialgestaltenden Handelns zu machen, sind zukunftsgerechte Lösungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten[1].

Ausformungen des Rücksichtsprinzips finden sich vor allem dort, wo Interessenkonflikte typischerweise auftreten:

a) Dazu zählt die Regel der Sozialadäquanz als Breviloquenz für rechtlich zulässige Verhaltensweisen im Arbeitskampf[2]. Handlungen sind sozialadäquat, "die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden"[3]. Die Regel der Sozialadäquanz steht nicht im Rang eines allgemeinen Rechtsprinzips, aus dem sich für neu auftauchende Interessenkonflikte weitere Entscheidungsmaximen ableiten ließen[4]. Sie ist vielmehr selbst eine Ableitung aus dem Prinzip der Rücksichtnahme. Die Sozialadäquanz-Regel kann daher nicht zu einer normativ wirkungsfähigen Generalklausel erhoben werden[5].

b) In diesen Zusammenhang gehören ebenfalls die Regeln von der Kampfparität und der Waffengleichheit bei Arbeitskämpfen[6].

c) Auch die Bindung der Sozialpartner durch die Friedenspflicht während der Geltung eines Tarifvertrages ist eine Ausformung des Rücksichtsprinzips[7].

---

1) Suhr DSt 9, 93
2) Hueck-Nipperdey, Bd. II/2 S. 1000 ff
3) vgl. die Abhandlung der acht Spielregeln Nipperdeys bei Galperin S. 209 ff
4) Hueck-Nipperdey, Bd. II/2 S. 1002 FN. 34 c
5) Bulla RdA 1962, 15
6) Reuss-Jantz S. 30; BAG Gr. Sen. NJW 1955, 882
7) Reuss-Jantz S. 14 f

d) Ferner kann der Grundsatz der Haftungsbegrenzung bei gefahrgeneigter Arbeit in das Prinzip der sozialen Rücksichtnahme eingebettet werden. Bezeichnenderweise spricht man in solchen Fällen von einem innerbetrieblichen Schadens-"Ausgleich"[1].

e) Vor allem gehört das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung im Arbeitsrecht hierher. Diesen Grundsatz hat man zu Recht als "Fortbildung des Arbeitsrechts im Sinn echter sozialer Gerechtigkeit" bezeichnet[2].

f) Aus dem Steuerrecht sollen die Regeln der Leistungsschöpfung nach Leistungsfähigkeit und die der Erhaltung der Leistungsquellen, also des Verbots der Substanzaufzehrung, genannt sein[3]. Wenn bisher die dogmatische Begründung für das Verbot konfiskatorischer Steuern vermißt wurde[4] - eine Eigentumsverletzung i. S. v. Art. 14 Abs. 3 GG wird bei Steuern abgelehnt[5] - kann die im Vorangehenden unternommene Darstellung des Prinzips der sozialstaatlichen Rücksichtnahme eine Antwort geben.

g) Das Rücksichtsprinzip wirkt gleichfalls im weitgehend positiv geregelten Sozialleistungsrecht. Es äußert sich z. B. in den Regeln der Selbstvorsorge und der Sozialverbundenheit, und zwar sowohl zwischen den einzelnen als auch zwischen ihnen und den Arbeitgebern, ferner im Verhältnis zum Gemeinwesen[6]. In diesem Teilgebiet der Rechtsordnung wird längst eine multilaterale Rücksichtnahme praktiziert.

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey, Bd. I S. 233; Reuss-Jantz S. 26
2) Hueck-Nipperdey, Bd. I S. 418; zustimmend Dürig JZ 1953, 198 f; Frey AuR 1961, S. 234, 298, 368; für das Privatrecht G. Hueck, S. 106 ff, allerdings ohne sozialen Bezug; BGHZ 3, 248 (251); BAG NJW 1956, 806
3) Friauf S. 17, 41 f; Grimm S. 22; BVerfGE 14, 221 (241)
4) Friauf S. 41
5) BVerfGE 4, 7 (17)
6) Rohwer-Kahlmann, Bogs-Festschrift S. 114

h) Die Rücksichtnahme der Bürger untereinander ist weiterhin zu einer Rechtsregel erwachsen in dem Satz von der Gemeinverträglichkeit des Gemeingebrauchs[1].

Es kann daher die Summe gezogen werden: Der Rechtsstaat erhält durch die soziale Komponente die Aufgabe der Rücksichtnahme, und zwar besonders auf den Gebieten, die das Teilnahmerecht des einzelnen an der Gemeinschaft und ihren Leistungen und Lasten beeinflussen. Das Prinzip der Rücksichtnahme fördert und legitimiert die Ausformung von Spielregeln, die einen Ausgleich zwischen dem Freiheitsstreben bzw. Machtstreben des einzelnen, der Gruppe oder des Staates bewirken. Die anerkannten Spielregeln sind als Ausformungen des Sozialstaatsprinzips selbstverständlich auch für alle staatliche Gewalt zu beachten.

Mit diesem Ergebnis steht nicht in Widerspruch, wenn das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Bundessozialhilfegesetz und zum Jugendwohlfahrtgesetz ausspricht[2]: "Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das "Was", das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das "Wie", d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen." Es wird nur herausgestellt, daß der Gesetzgeber unter mehreren - sc. im übrigen zulässigen - Wegen seine Auswahl treffen kann. Auch nach der Ansicht des BVerfG bleibt aber die Ausgestaltung einer Sozialmaterie dem Gesetzgeber nicht völlig frei überlassen: "Bei aller grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, ob bestimmte soziale Leistungen gewährt werden sollen, ist er doch in ihrer Ausgestaltung ebenso wie bei Eingriffen an das Grundgesetz gebunden[3]. - Auch das Sozialstaatsprinzip ermächtigt nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auflösen würde[4]." Besonders bei einer Differenzierung ist die

1) vgl. BVerwGE 23, 325 (330)
2) E 22, 180 (204)
3) BVerfGE 17, 1 (23)
4) BVerfGE 12, 354 (367)

Art, w i e das Gesetz differenziert, der Normenkontrolle unterworfen[1].

Die erwähnten Entscheidungen verlangen die Klärung, wann eine bestimmte Sozialgestaltung gegen das Gleichheitsprinzip verstößt. Die Prüfung einer Norm auf einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz braucht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht auf ein weiteres verfassungsrechtliches Prinzip zurückzugehen. Es kommt auf die "stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt" an[2]. Hier ist nicht ein unspezifischer Verstoß gegen das Gleichheitsgebot zu betrachten, etwa durch die Normierung irgendwelcher ungleicher Rechtsfolgen; es interessiert speziell eine sozialstaatliche Materie.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt mit der Entscheidung im 13. Band, daß das Sozialstaatsprinzip eine Ungleichbehandlung in einem konkreten Fall als Verstoß gegen Art. 3 GG zu klassifizieren vermag. - Die weitere Auslegung des Prinzips darf nicht isoliert geschehen, sondern hat ihren bestimmten Platz in der Gleichheitsprüfung. Dort ist das aus dem Sozialstaatsprinzip gewonnene Rücksichtsprinzip bzw. eine eingreifende Ausformung fallbezogen abzuhandeln.

Im folgenden soll ein sozusagen juristisch-technisches Prüfschema entwickelt werden, das dem Entwicklungsstand von Lehre und Rechtsprechung zum Gleichheitssatz gerecht wird. Damit ist keine Auswertung in kybernetisch-semantischer Weise beabsichtigt[3]. Das Prüfschema wird vielmehr anhand der Prüfweise des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht und dabei durch einen Vergleich mit dem technischen Aufbau des Gleichheitssatzes im Grundgesetz weiter begründet.

---

1) BVerfGE 4, 144 (155); Dax S. 73
2) BVerfGE 13, 318 (331)
3) diesen Weg geht Podlech, Gleichheitssatz, passim

VIII. Die Elemente der Gleichheitsprüfung

Innerhalb der Entscheidung des BVerfG zum Gleichheitssatz nehmen die Erkenntnisse, die eine Verletzung des Gleichheitssatzes bejahen, einen verhältnismäßig geringen Platz ein. Eine solche Entscheidung ist der Beschluß des Ersten Senats vom 20. Mai 1959 zum baden-württembergischen Feuerwehrgesetz vom 6. Febr. 1956 (FWG)[1]. Dieser Beschluß ist noch deswegen von Interesse, weil derselbe Senat mit Beschluß vom 17. Okt. 1961[2] einen Gleichheitsverstoß bei fast gleichliegendem Sachverhalt, aber inzwischen geändertem FWG verneinte.

Bei der 1. Feuerwehrentscheidung hatten baden-württembergische Verwaltungsgerichte eine Entscheidung erbeten über die Verfassungsmäßigkeit einer durch § 38 Abs. 2 des FWG angeordneten Beitragspflicht für männliche Einwohner im Alter zwischen dem vollendeten 18. und 60. Lebensjahr, die keinen aktiven Feuerwehrdienst leisteten. Eine Dienstverpflichtung zum aktiven Dienst kam für die "Pflichtfeuerwehrmänner" nach § 12 FWG dann in Betracht, wenn die Sollstärke der Gemeindefeuerwehr durch Freiwillige nicht erreicht wurde. Pflichtfeuerwehrmann war nach § 12 Abs. 1 FWG aber nur derjenige, der auch feuerwehrdienstfähig, d. h. gesund und den Anforderungen des Feuerwehrdienstes gewachsen war, § 11 Abs. 2 FWG. Es bestand somit keine allgemeine Feuerwehrpflicht, sondern eine Feuerwehrdienstpflicht, und zwar nur für Taugliche. Durch § 38 Abs. 2 FWG wurden nun auch untaugliche Männer des genannten Alters - so die Kläger als Schwerbeschädigte - beitragspflichtig, obwohl sie wegen Untauglichkeit nicht dienstpflichtig waren[3]. Die Schwerbeschädigten wurden also hinsichtlich der Beitragspflicht im Verhältnis zu den übrigen ebenfalls nicht dienstpflichtigen Einwohnern, nämlich den Frauen und männlichen Einwohnern nicht erfaßten Alters, die keinen Beitrag zu leisten hatten, verschieden behandelt.

---

1) BVerfGE 9, 291 ff
2) BVerfGE 13, 167 ff, 2. Feuerwehrentscheidung
3) so ausdrücklich die 2. Feuerwehrentscheidung BVerfGE 13, 167 (172) - Undeutlich Klumpp BaWüVBl 1970, 84, der zwischen Feuerwehrpflicht und Feuerwehrdienstpflicht keinen Unterschied macht

Das BVerfG schickt der Begründung der Entscheidung einen Hinweis auf die gewählte Prüfungsmethode voraus: "Wenn fraglich ist, ob eine gesetzliche Vorschrift den Gleichheitssatz verletzt, muß Klarheit darüber bestehen, welche Aufgabe dem Gesetz gestellt war und welcher rechtlichen Mittel es sich bei seiner Lösung bedient hat; nur so läßt sich beurteilen, ob die Merkmale erkannt und "richtig", d. h. unter Beachtung der Forderungen der Gerechtigkeit, bewertet sind, die bestimmte Sachverhalte als "gleich" oder "ungleich" im Sinne dieser konkreten rechtlichen Regelung erscheinen lassen und ob darnach diese Sachverhalte zu Recht oder zu Unrecht in die gesetzlichen Tatbestände einbezogen oder aus ihnen ausgeschieden sind[1]." Das BVerfG arbeitet also verschiedene Faktoren heraus, die eine Beurteilung ermöglichen sollen. Das sind erstens "die Merkmale", die bestimmte Sachverhalte als gleich oder ungleich erscheinen lassen, also tatsächliche Merkmale, die Anknüpfungspunkte für eine Verschiedenbehandlung sein können. Diese tatsächlichen Merkmale sind Kriterien für eine Ungleichbehandlung, wenn sie im Tatbestand einer Norm enthalten sind, weil eine Differenzierung sowohl auf der Tatbestands- als auch Rechtsfolgeseite einer Norm stattfinden kann: bei konstant bleibender Rechtsfolge läßt sich eine Differenzierung allein durch eine Erweiterung oder Einengung der im Tatbestand erfaßten Fälle vornehmen[2]. Die tatsächlichen Merkmale sollen D i f f e r e n z i e r u n g s k r i t e r i e n genannt sein.

Die Differenzierungskriterien sind nach Ansicht des Gerichts "richtig, d. h. unter Beachtung der Forderungen der Gerechtigkeit" zu bewerten. Ein Differenzierungsmerkmal wird auf diese Weise vom Gesetzgeber nach einer wertenden Entscheidung mit einer Rechtsfolge verknüpft. Dieser Vorgang muß der Gerechtigkeit entsprechen und bedarf daher des Nachwei-

1) E 9, 291 (294)
2) Stein S. 204

ses der Richtigkeit durch eine dazu geeignete Begründung, dem D i f f e r e n z i e r u n g s g r u n d . Wenn das BVerfG eine Verletzung des Gleichheitssatzes bejaht, falls das Differenzierungskriterium der verfolgten Aufgabe nicht angemessen ist, steckt der Differenzierungsgrund im Begriff der Angemessenheit.

Zum dritten "muß Klarheit darüber bestehen, welche Aufgabe dem Gesetze gestellt war und welcher rechtlicher Mittel es sich bei ihrer Lösung bedient hat." Die Aufgabe bei einer Differenzierung ist das D i f f e r e n z i e r u n g s z i e l .
Das BVerfG nimmt in der untersuchten Entscheidung nicht etwa eine Prüfung einer Zweck-Mittel-Relation vor. Es verwertet vielmehr die vorgefundene Beziehung zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsziel als Grundlage für die Gerechtigkeitsbeurteilung. Die auf diese Weise vorgenommene Analyse der Differenzierungsnorm dient der Feststellung erkenntnissicherer Bausteine[1].
In der erwähnten Entscheidung arbeitet das BVerfG drei - wegen des insoweit unentschiedenen Normtextes mögliche - Differenzierungsziele heraus[2]. Dann zählt es auf, welche rechtlichen Beziehungen sich bei jedem der möglichen Differenzierungsziele ergeben würden und gelangt auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß alle diese die von dem geprüften Gesetz verpflichteten Personen nicht zulässigerweise betreffen konnten. Das bedeutete konkret: als mögliche Differenzierungsziele kamen in Betracht ein Beitrag, ein Ersatzgeld oder eine Personalsteuer; die Rechtswirkungen dieser Differenzierungsziele enthielten und rechtfertigten keinen Differenzierungsgrund, der den Differenzierungskriterien, nämlich ein bestimmtes Alter und Geschlecht, angepaßt gewesen wäre.

---

1) Sie stimmt weitgehend mit der von Böckenförde vorgeschlagenen Methode einer Finalitäts- und Modalitätsprüfung überein (S. 71 ff).
2) Dadurch wird deutlich, daß es nicht auf die subjektiven Motive des historischen Gesetzgebers ankommt.

IX. Die Interdependenz der Differenzierungselemente

Wenn also das BVerfG eine Beurteilung der Bewertung des Gesetzgebers nur in Kenntnis der Differenzierungskriterien und des Differenzierungsziels für möglich erklärt[1], so folgt daraus, daß zwischen Differenzierungskriterium, Differenzierungsziel und dem bewertenden Differenzierungsgrund ein logischer Zusammenhang besteht[2]. Dieser Zusammenhang ist nicht gewahrt, wenn "die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand" offenbar ist[3].
Diesen Zusammenhang mit "Systemgerechtigkeit" zu bezeichnen, ist nicht zutreffend[4]. Bei der 1. Feuerwehrentscheidung ist gerade auffallend, daß das BVerfG weder ein System des Feuerwehrgesetzes noch ein allgemeingültiges Steuersystem zur Entscheidungsgrundlage machen konnte. Ein solcher Versuch wäre schon deswegen auf Schwierigkeiten gestoßen, weil hierzulande ein "Ersatzgeld" - so ist der "Feuerwehrbeitrag" exakt zu bezeichnen - unbekannt ist[5].
Dieser Zusammenhang hat nicht die Zwangsläufigkeit eines Naturgesetzes und auch nicht dessen Evidenz. Eine Aufgabe kann vom Gesetzgeber eben auf verschiedene Weise gelöst werden. Das bleibt dann aber nicht ohne Einfluß auf Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund. Die Kette der Differen-

---

1) zustimmend Friauf S. 37 f
2) vgl. Wolff VerwR III § 154 V b 2
3) BVerfGE 4, 144 (155); Leibholz sah einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz der WRV dann als gegeben an, wenn ein i n n e r e r Zusammenhang zwischen der Bestimmung und dem durch sie verfolgten Zweck überhaupt nicht oder nur in einem völlig unzulänglichen Verhältnis bestand (S. 76).
4) so aber Rüpke S. 138
5) In der Schweiz gibt es ein Ersatzgelt in Form des "Militärpflichtersatzes". Dabei handelt es sich nicht um eine Steuer, K. Brunner S. 123; die Militärersatzpflicht folgt wie die Militärdienstpflicht aus der allgemeinen Wehrpflicht, Fersch, Finanz-Archiv 28 (1911), Bd. 1, 188; Koch S. 254

zierungselemente ist somit nicht starr; es besteht eine Art Interdependenz[1] zwischen ihnen und damit eine gegenseitige Beeinflussung bzw. Akzessorietät[2].

Die Differenzierungselemente und ihr Verhältnis zueinander sollen im folgenden näher beleuchtet werden.

1. Der Zusammenhang zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund

Die Wahl eines Differenzierungskriteriums trifft in gewisser Weise eine Aussage über den Differenzierungsgrund. Je nach Art des Kriteriums sind Anforderungen an den Differenzierungsgrund zu stellen. Wenn die Begründung genügen soll, muß sie eine vernunftmögliche Folge des Tatbestands darstellen, z. B. wird der Differenzierungsgrund um so eher Billigung finden, je weiter oder unbestimmter der Tatbestand gefaßt ist. Bei der Auswahl der Differenzierungskriterien ist der Gesetzgeber frei; er kann jedoch nicht auf den Differenzierungsgrund gestaltend einwirken[3]. Der Differenzierungsgrund kann sich aber auch auf alle tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse beziehen, die ihrerseits mit dem Differenzierungskriterium im - insbesondere kausalen - Zusammenhang stehen. Das vom Gesetzgeber verwendete Differenzierungskriterium wird regelmäßig einen mehr oder weniger weiten Kreis weiterer Fakten umschließen, der dann für den Differenzierungsgrund maßgeblich ist. Deswegen wird ein positiver Nachweis einer Disharmonie zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund nur dann anzuerkennen sein, wenn der in Betracht kommende Grund zu keinem

---

1) dieser Begriff soll hier nicht das Verhältnis zwischen dem allgemeinen und den besonderen Gleichheitssätzen bezeichnen, vgl. dazu Rinck, JöR 10 (1961), 277
2) Salzwedel S. 342
3) Podlech, Gleichheitssatz S. 84; Rüpke S. 142, der allerdings eine Entsprechung des Grundes mit der Art der zu regelnden Lebensverhältnisse verlangt; BVerfGE 4, 219 (243)

der Fakten passen will - offenbar ein seltener Fall. Eine Ausgrenzung ungeeigneter Differenzierungsgründe ist schon eher möglich.

Den Zusammenhang zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund deutet das BVerfG mit der Wendung an: "Niemand wird verstehen, warum Frauen oder juristische Personen mit wertvollem Gebäudebesitz nicht beitragspflichtig sind[1]."

Den Bewertungszusammenhang zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund bestätigt Art. 3 Abs. 3 GG. Die dort genannten tatsächlichen Verhältnisse eines "jemand", worin er sich also tatsächlich von anderen unterscheidet, sind Differenzierungskriterien im oben angeführten Sinn, nämlich Anknüpfungspunkte für eine Differenzierung. Art. 3 Abs. 3 GG betont, daß die aufgeführten tatsächlichen Verhältnisse nicht Anknüpfungspunkt einer gesetzlichen Regelung sein dürfen. Dem Gesetzgeber ist es verfassungsrechtlich untersagt, die in Art. 3 Abs. 3 GG aufgezählten Verschiedenheiten der Menschen durch Verschiedenheit im Recht zu berücksichtigen, weil der Verfassungsgeber diese Verschiedenheiten - gemessen an der postulierten Gleichheit der Menschen - als unbeachtlich für die künftige Rechtsordnung ansah[2]. Diese Differenzierungskriterien werden ausdrücklich erwähnt, weil der Verfassungsgeber offenbar angenommen hat, die allgemeine Überzeugung von der Unzulässigkeit solcher Differenzierungen sei noch nicht so gefestigt, daß sie durch die Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 GG allein wirksam ausgeschlossen würden[3]. Art. 3 Abs. 3 GG enthält aber nicht nur eine Absage an Differenzierungen nach den aufgeführten tatsächlichen Merkmalen. Schon der Wortlaut ergibt, daß eine Benachteiligung oder Bevorzugung ausgeschlossen sein soll, die mit den tatsächlichen Verschiedenheiten in irgendeiner Weise zusammenhängt. Art. 3 Abs. 3 GG verneint also gleichzeitig die Frage, ob die genann-

---

1) E 9, 291 (297)
2) so BVerfGE 10, 59 (73)
3) BVerfGE 3, 225 (240)

ten Ungleichheiten einen rechtfertigenden Grund für eine Differenzierung abgeben können[1]. Damit findet sich in Art. 3 Abs. 3 GG ein Beweis für den oben dargestellten Zusammenhang zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund: Es ist nach Abs. 3 auch eine Norm verfassungswidrig, die zwar an keine der genannten Verschiedenheiten ausdrücklich anknüpft, deren Differenzierungsgrund aber eine Bezugnahme darauf enthält.

2. Der Zusammenhang zwischen Differenzierungsziel und Differenzierungsgrund

Die Interdependenz zwischen dem Differenzierungsziel und -grund deutet das Bundesverfassungsgericht damit an, daß ohne Klarheit über die Aufgabe des Gesetzes eine Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Norm nicht möglich sei. Das Differenzierungsziel wirkt somit auf den Grund zurück. Aus dem Differenzierungsziel kann nicht nur eine Aussage hinsichtlich des Tatbestandes der Norm und der dort angesprochenen Differenzierungskriterien gewonnen werden, sondern auch und gerade, ob die tatbestandliche Ausgestaltung sachgemäß, also mit gutem Grund getroffen ist. Eine besondere rechtliche Aussage, die für das Differenzierungsziel zu treffen ist, hat daher ihre Ausstrahlung auf den Differenzierungsgrund.
Bei sonst aussagearmen Regelungen kann die Begründung dem Ziel der Regelung entnommen werden[2]. Es versteht sich, daß damit keine Beurteilung der Begründung vollzogen ist.

Wie für das Verhältnis zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund gilt auch hier, daß ein vorgegebenes Differenzierungsziel je nach den Umständen zu einer Eingrenzung möglicher Differenzierungsgründe führt, indem es nur diejenigen für zulässig erklärt, die in einem ver-

1) BVerfGE 3, 225 (240)
2) Podlech, Gleichheitssatz S. 123, 127 f

nünftigen Verhältnis zu ihm stehen. Zweitens sind für den Fall, daß für das Differenzierungsziel besondere rechtliche Anforderungen bestehen, nur diesen Anforderungen angepaßte Differenzierungsgründe funktionsfähig. Unschädlich ist es, wie die 1. Feuerwehrentscheidung zeigt, daß für eine Regelung im Einzelfall mehrere Ziele in Betracht kommen, wenn jedes dieser Ziele den Nachweis eines Verfassungsverstoßes ermöglicht.

Ebenso wie für das Differenzierungskriterium gilt hier, daß die Eingrenzung der Differenzierungsgründe nichts darüber aussagt, w a s in einem vernünftigen Verhältnis steht. Die dargestellte Eingrenzung ist bei der Normenkontrolle aber ein weiterer Schritt auf sicherem Boden. Sucht man sogleich nach einem sachlichen Grund - wie es die Rechtsprechung häufig tut - , kann dessen Beziehung zur Sache im Einzelfall so evident sein, daß die Begründung allgemein befriedigt. Wird sie aber nicht von der allgemeinen Überzeugung gebilligt, geht die richterliche Bekräftigung, die Differenzierung sei "offensichtlich"[1] oder "augenfällig"[2] ein Verstoß oder kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz, ins Leere. Eine bis zum Ende vollzogene konstruktive Begründung vermeidet den Verdacht, es werde womöglich vom Ergebnis her argumentiert.

Damit wird keineswegs gesagt, daß eine Differenzierung durch das Ziel einer Regelung gerechtfertigt werden könne allein dadurch, daß gegen das Ziel nichts einzuwenden ist[3]. Eine solche Argumentation stünde in enger Verwandtschaft zu der Auffassung, daß der Zweck die Mittel heilige und ist selbstverständlich abzulehnen[4]. Entscheidend ist nachwievor, ob ein tragfähiger Differenzierungsgrund ersichtlich ist. Die hier entwickelte Methode hat aber den Vorteil, daß bekannte und präzisierte Ziele unangemessene Argumentationen ausschließen können. Dafür gibt die 1. Feuerwehrentscheidung treffende Beispiele.

---

1) BVerfGE 9, 291 (301)
2) BVerfGE 9, 291 (297)
3) ablehnend ebenfalls Podlech, Gleichheitssatz S. 114; a.A. Stammler, Privilegien S. 47
4) BVerfGE 12, 354 (367)

X. Die Differenzierungsverbote

Die Praktikabilität der Aufgliederung des Gleichheitssatzes in Differenzierungselemente liegt weiterhin darin, daß die verschiedenen verfassungsrechtlichen Differenzierungsverbote als Einengung des gesetzgeberischen Gestaltungsermessens[1] einem bestimmten Differenzierungselement zugehören. Es sei nebenbei erwähnt, daß die verfassungsrechtlichen Differenzierungsverbote nicht etwa Teil eines verfassungsrechtlichen Willkürverbotes sind[2]. - Mit dieser Einordnung wird gleichzeitig das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG zu seinen Konkretisierungen[3] in den Absätzen 2 und 3 erläutert.

1. Verbote von Differenzierungskriterien

Art. 3 Abs. 3 GG bezeichnet mit "Geschlecht, Rasse, Sprache" usw. tatsächliche, äußere oder innere Merkmale, an die eine Differenzierung nicht anknüpfen darf[4].
Nicht zuzustimmen ist der Ansicht, es dürfe nach den in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Merkmalen wohl differenziert werden; es sei nur verboten, Differenzierungen mit diesen Merkmalen zu begründen[5]. Allerdings deutet die zur Stützung herangezogene Normfassung des Art. 3 Abs. 3: Benachteiligung "Wegen" eines der Merkmale darauf hin, daß der Differenzierungs- g r u n d sich nicht auf eines der genannten Kriterien stützen darf. Unberührt davon bleiben aber die in Abs. 3 aufge-

---

1) kritisch zu diesem Begriff Forsthoff, Maßnahme-Gesetze S. 95; Geiger S. 174
2) Bettermann DSt 1, 89; Scholler S. 36
3) von Mangoldt-Klein Art. 3 Anm IV 3; Ipsen, Gleichheit S. 161; BVerfGE 3, 225 (239)
4) Stein S. 205; von Mangoldt-Klein Art. 3 Anm 2 a; Ipsen, Gleichheit S. 156; Herzog evStL Sp. 702; Zeidler DÖV 1952, 5; BVerfGE 10, 59 (73); 15, 337 (343); a. A. Seißer S. 97 ff, der Art. 3 Abs. 3 GG als Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 GG und demnach als "Wertgefühlsverletzung" der Betroffenen ansieht. Auf das Wertgefühl kann es aber nicht ankommen, vgl. Arndt, Leibholz-Festschrift S. 183.
5) Podlech, Gleichheitssatz S. 94

zählten Eigenschaften auch und zuallererst Differenzierungskriterien; z. B. ist das Merkmal "Rasse" für sich noch kein Grund, sondern eben eine Eigenschaft, aus der ein Grund hergeleitet werden kann. Die hier kritisierte Ansicht würde zu einer Begründungsakrobatik verleiten, wenn unzweifelhaft an eines der verbotenen Differenzierungskriterien angeknüpft wurde und auch der Differenzierungsgrund in Wirklichkeit aus dem Merkmal hergeleitet war. Sie steht darüber hinaus im Gegensatz zur klaren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[1]. Der Gesetzgeber wollte eine Begründungsnot gerade vermeiden: ein Verstoß gegen das Verbot eines Differenzierungskriteriums ist relativ schnell nachweisbar. Auf eventuelle Gründe, die vielleicht nicht leicht zurückzuweisen wären, braucht dann nicht mehr eingegangen zu werden[2]. Nach den Erfahrungen im totalen Staat kam es dem Grundgesetzgeber gerade auf diese vereinfachende Wirkung an.

Ein solcher Aufbau einer Grundrechtsnorm ist kein Einzelfall; er findet sich ähnlich bei Art. 4 GG. So ist die Kriegsdienstverweigerung mit der Waffe nach Art. 4 Abs. 3 GG wegen der besonderen Bedeutung des Falles gegenüber Art. 4 Abs. 1 GG erläuternd hervorgehoben[3].

---

1) vgl. Leibholz-Rinck Art. 3 Anm 6; dazu steht weiterhin in Widerspruch, wenn angedeutet wird, man könne dem Abs. 2 ein Differenzierungsverbot bereits in der Merkmalsbildung entnehmen, Podlech, Gleichheitssatz S. 95

2) Beulke ZevKR 6, 135; Hamann-Lenz Art. 3 B 13

3) Arndt, Anm. zu BVerwG NJW 1965, 2195; ähnlich Frowein VDStRL 28, 139. Die Strukturierung von Art. 3 GG steht gleichfalls in Einklang mit dem Aufbau der Freiheitsgrundrechte, deren lex generalis, Art. 2 Abs. 1 GG, beim Gleichheitssatz Art. 3 Abs. 1 GG entspricht, Dürig, Staatslexikon Sp. 989.

2. Verbote von Differenzierungsgründen

Art. 3 Abs. 3 GG verbietet ebenfalls, Differenzierungsgründe aus den aufgezählten Merkmalen abzuleiten. Das Verbot wird dann praktisch, wenn der Gesetzgeber - bewußt oder unbewußt - nicht an ein verbotenes Differenzierungskriterium angeknüpft hat, die Begründung aber darauf zurückgeht[1].

Ein weiteres Verbot eines Differenzierungsgrundes normiert Art. 3 Abs. 2 GG[2]. Die positive Formulierung von Art. 3 Abs. 2 GG enthält als Kehrseite das Verbot jeder Begründung für eine Ungleichbehandlung, die eine unterschiedliche Rechtsstellung zwischen Männern und Frauen voraussetzt[3]. Dem Parlamentarischen Rat lag daran, die rechtliche Gleichwertigkeit von Mann und Frau herauszustellen[4].
Die Ablehnung einer Verschiedenbehandlung in Art. 3 Abs. 2 GG braucht nicht auf die Eigenschaft "Geschlecht" einzugehen[5]. Dafür steht Abs. 3 zur Verfügung, so daß Abs. 2 insoweit überflüssig wäre. Die Daseinsberechtigung von Abs. 2 liegt dann auch gewiß nicht darin, daß dort ein Grundrecht der Kinder einer schlechter behandelten Person begründet wird[6]; denn Kinder können sich auf Abs. 3 berufen[7]. Solche Lösungsversuche werden erst notwendig, wenn man zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund nicht unterscheidet[8].

---

1) Eschenburg S. 470
2) BVerfGE 3, 225 (240); Ipsen, Gleichheit S. 155; G. Hueck S. 101 f; Seißer S. 67 f
3) Seißer S. 65; so auch wohl Model-Müller S. 58 f
4) Beitzke S. 208 f; Dombois evStL Sp. 695
5) so aber Seißer S. 68
6) so der Lösungsvorschlag von Seißer S. 74 f
7) Ipsen, Gleichheit S. 145
8) G. Hueck S. 101 f sieht sowohl in Abs. 2 wie in Abs. 3 Verbote ausschließlich für Differenzierungsgründe; ähnl. Herzog evStL Sp. 702

3. Verbote von Differenzierungszielen

Art. 3 Abs. 3 GG enthält eine Reihe von Zielverboten, indem er es für verfassungswidrig erklärt, wenn die Aufgabe des Gesetzes eine Benachteiligung oder Bevorzugung der durch die dort aufgezählten Merkmale charakterisierten Personen ist[1].

Ein weiteres Differenzierungszielverbot enthält Art. 3 Abs. 2 GG. Die Formulierung "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" bedeutet nicht etwa eine Feststellung bestehender Verhältnisse. Abs. 2 gibt - bei aktuellem Verbot von Differenzierungsgründen - als "richtungsweisende Klausel"[2] ein Ziel staatlichen Handelns an. Hier wird im Unterschied zu Abs. 3, der eine tatsächliche Benachteiligung erfaßt, die gleichwertige Rechtsstellung zwischen Mann und Frau betont[3]. - Die Zielbestimmungen sind aber von den Zielverboten zu unterscheiden. Zwar folgt aus einer Zielbestimmung, daß alle damit kollidierenden Ziele von der Verfassung abgelehnt werden. Da die verfassungsrechtlichen Zielbestimmungen - wie erwähnt - aber noch der Konkretisierung des Gesetzgebers bedürfen, können ihnen bis dahin auch keine konkreten Zielverbote entnommen werden[4].

Ergebnis für IX und X:

Die Normenkontrolle auf einen Verstoß gegen den allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz hin konzentriert sich auf die Differenzierungselemente: Differenzierungskriterium, Differenzierungsziel und Differenzierungsgrund.

---

1) Fuß JZ 1959, 336; auch Ipsen, Gleichheit S. 180 FN.226; grds. bejahend Forsthoff, Maßnahme-Gesetze S. 96 f; wohl a. A. Seißer S. 104 f
2) von Mangoldt-Klein Art. 3 Anm IV 2
3) Ipsen, Gleichheit S. 143
4) Podlech, Gleichheitssatz S. 113; vgl. Maunz-Dürig-Herzog Art. 2 Rdn 29

1. Für alle drei Elemente finden sich im Grundgesetz Differenzierungsverbote, so speziell in den Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes. Art. 3 Abs. 3 GG enthält abgrenzbare Differenzierungsverbote für alle Differenzierungselemente. Eine Nichtachtung eines Differenzierungsverbotes durch den Gesetzgeber bedeutet einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

2. Zwischen den Differenzierungselementen besteht eine Interdependenz.

a) Die Charakteristik des einen Elementes wirkt auf die anderen im Sinne einer Mit-"Bestimmung". Das kann beim Element "Differenzierungsgrund" zu einer - je nach Art der anderen beiden Elemente - weitreichenden oder geringeren Einengung der Begründungen führen. Eine auf diese Weise ausgeschlossene Begründung vermag die Differenzierung nicht mehr zu rechtfertigen; sie ist nicht "innerlich berechtigt"[1].

b) Die Differenzierungselemente müssen einander angemessen sein. Das Urteil über die Paßform kann aus der Sicht des Differenzierungsziels eine Aussage über Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund treffen, oder es kann aus der Sicht eines feststehenden Differenzierungsgrundes die Angemessenheit von Differenzierungskriterium und Differenzierungsziel dargestellt werden, indem die Beziehung zwischen beiden bewertet wird.

c) Die Interdependenz hat nicht den Charakter logischer Zwangsläufigkeit. Die endgültige Entscheidung über die zu prüfende Norm lebt von wertender Beurteilung, die im Differenzierungsgrund ihren Platz hat. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz nimmt diesen subjektiven Einfluß in Kauf. Solange eine wertende Begründung nicht erschüttert ist, bedarf die kontrollierte Norm grundsätzlich keiner weiteren Rechtfertigung.

---

1) Leibholz, Gleichheit S. 110

XI. Das Vergleichspaar

Die bisher gewonnenen Stationen der Normprüfung werden vervollständigt und aussagefähig durch eine Reduktion der zum Vergleich grundsätzlich geeigneten Sachverhalte auf die wirklichen Konfliktsfälle.
Die Reduktion wird notwendig, weil man prinzipiell jedes mit jedem vergleichen kann. Vergleichen bedeutet vom Wortsinn her nichts anderes als zwei oder mehrere Objekte gleichzeitig zu betrachten und in Relation zu einem konstanten Begriff, dem tertium comparationis, zu setzen, worauf Gemeinsamkeiten oder eben Verschiedenheiten registriert werden[1]. Gefragt werden kann immer nur nach der Gleichheit in einer bestimmten Beziehung[2].
Der allgemeine Gleichheitssatz kommt nur dann zur Wirkung, wenn der zu ordnende Lebenstatbestand bei den Vergleichsobjekten tatsächliche Gemeinsamkeiten vorfindet[3], mit anderen Worten: die Vergleichsobjekte müssen sich in ähnlicher Lage befinden[4] bzw. ähnliche soziale Rollen haben[5].
Diese "Vorsortierung" nach dem Lebenssachverhalt darf aber lediglich die Vergleichsobjekte ausscheiden, die von der zu prüfenden Norm mit Sicherheit nicht angesprochen werden[6]. Die Reduktion hat sich also nur auf ganz fernstehende Vergleichsobjekte zu richten. Die Ausscheidung "ungeeigneter" Vergleichspartner darf nicht zu einem Problemverlust führen. Die Auswahl des Vergleichspaares gehört daher nicht zur eigentlichen Normkontrolle. Die Prüfung ist aber ökonomischer, wenn nur die echten "Konfliktspartner" einbezogen werden.

---

1) dazu ausführlich Schröder S. 59 ff
2) Herzog evStL Sp. 696 f
3) BVerfGE 6, 389 (422)
4) BVerfGE 4, 144 (155)
5) Rüpke (S. 74) spricht vom "sozialen Bild".
6) vgl. BVerfGE 21, 12 (26)

Dabei muß gewährleistet sein, daß nicht schon bei der Bestimmung des Vergleichspaares die Weichen für die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Norm gestellt werden. Die eigentliche Gleichheitsprüfung, vor allem wertende Beurteilungen, dürfen nicht versteckt an dieser Stelle einsetzen[1]. Die Wahl eines Vergleichspaares darf ferner nicht dafür entscheidend sein, ob die Verschiedenbehandlung einer b e s o n d e r e n Rechtfertigung bedarf[2].

Man hat zwar bisher überwiegend angenommen, die entscheidende Problematik des Gleichheitssatzes sei die Bestimmung der Vergleichsmerkmale, die es gestatten, Personen gleich zu nennen, woraus dann folge, sie seien gleich zu behandeln[3]. Dieser Auffassung zufolge mußte also dargelegt werden, welche Auswirkungen die tatsächlichen Verschiedenheiten hatten - eine letztlich nicht lösbare Aufgabe[4]. Zahl und Maß dessen, was gleich sein muß und was verschieden sein darf, um den Tatbestand als gleich ansehen zu können, ist objektiv nicht bestimmbar und daher von subjektiver Beurteilung abhängig[5]. Es ist offenbar zu optimistisch, die Gesichtspunkte für die Beurteilung der Tatbestände trotz der heutigen Zersplitterung der Wertanschauungen auf verbreitet anerkannte, erkenntnissichere Wertmaßstäbe stützen zu können[6].

---

1) Ipsen, Gleichheit S. 178; Luhmann S. 54
2) vgl. Fuss JZ 1962, S. 742 f
3) Leibholz, Gleichheit S. 47 f; G. Hueck S. 175; Paulick S. 129, Beitzke S. 208; Rüpke S. 79, 131; Seißer S. 46; Dax S. 76; Schröder S. 129, 168 ff (mit der Einschränkung der "wesentlich gleichen" Eigenschaften durch ihre Eignung für einen für wesentlich erachteten Zweck); Hamann-Lenz Art. 3 B 4; undeutlich Herzog evStL Sp. 697; - a. A.: Luhmann S. 61 f; Podlech, Gleichheitssatz S. 84
4) Podlech, Gleichheitssatz S. 84; Fuss JZ 1962, 744; a. A.: Hamann-Lenz Art. 3 B 4 b; Hamann NJW 1957, 3
5) Hesse AöR 77 (1951), 172 ff
6) so aber Dax S. 81, 83 ff

Lag doch der Grund für die Beschränkung der Gleichheitsprüfung auf Willkürakte, also auf grobe Verstöße des Gesetzgebers, gerade darin, daß schon zur Zeit der Geltung der Weimarer Reichsverfassung das allgemeine Rechtsbewußtsein nicht mit genügender Sicherheit zu ermitteln war[1]. In diesem Punkte kann von einer Wandlung nicht die Rede sein.

Durch den Zwang, Vergleichsobjekten in bestimmten Beziehungen das Zeugnis "gleich" oder "ungleich" ausstellen zu müssen, läuft die Begründung unweigerlich auf eine Argumentation aus der "Natur der Sache" hinaus[2]. Die Unersprießlichkeit einer Beweisführung aus diesem Begriff hat Dreier überzeugend nachgewiesen[3]. Der Begriff "Natur der Sache" verweist eben selbst wieder auf Wertgesichtspunkte. Damit bleiben die Aussagen über die Sachnatur an eine subjektive Sicht der Sache gebunden[4].

Die Rechtsprechung ist der Theorie der gleichen Vergleichsobjekte gefolgt[5]. Dafür mag die Anziehungskraft der Formel, der Gesetzgeber müsse bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden behandeln[6], die Ursache gewesen sein. Diese knappe Formulierung ist für den

---

1) Leibholz, Gleichheit S. 77
2) so z. B. bei Rüpke S. 79, 131, der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als Hervorhebungen eines Sachbereichs versteht, wo die Natur der Sache besonders hervorgekehrt sei
3) S. 127 f und passim
4) Stratenwerth S. 24; von Nell-Breuning S. 306 f; zum Problem der Wertungen im Recht vgl. Podlech AöR 95 (1970), 185 ff, insbes. 197 f.
5) z. B. BVerfGE 4, 219 (243); 13, 331 (339)
6) st. Rspr., vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 3, 58 (135); ursprünglich sollte Art. 3 Abs. 1 GG diesen Zusatz erhalten, vgl. Wernicke, BK Art. 3 II b

Aufbau einer Prüfung unergiebig[1]; Ipsen[2] weist zutreffend auf den Zirkelschluß hin, zu dem diese Methode führt[3]. In der zitierten 1. Feuerwehrentscheidung wird jedoch deutlich, daß es dem BVerfG nicht allein auf die "wesentliche Gleichheit", sondern auch auf das Differenzierungsziel und dessen Verhältnis zu den Anknüpfungspunkten ankommt[4].

Die fragwürdige Bestimmung der gleichen Vergleichsobjekte erleichtert die Prüfung nicht einmal; denn erstens wird die Begründung für die Gleichheit oder Ungleichheit der Vergleichsobjekte wegen der subjektiven Wertung nicht immer überzeugen[5], zweitens ist damit für die konkrete Verschiedenbehandlung noch keine Begründung gegeben. Gegenstand von Art. 3 Abs. 1 GG ist aber gerade die Begründung des Rechts[6]. Die Gleichheiten und Ungleichheiten der Sachverhalte können nicht Entscheidungsgrundlage sein, denn Gleichheit und Ungleichheit selbst sind nicht Grund genug[7].

Ergebnis: Es kommt nicht darauf an, ob Personen als Vergleichsobjekte gleich oder ungleich s i n d , sondern entscheidend ist, ob zureichende Gründe für die Ungleichbehandlung zur Verfügung stehen.
Damit ist das Prüfungsschema vollständig erläutert. - Die nun folgende konkrete Prüfung des Geistlichenprivilegs soll zunächst die Konfliktspartner bezeichnen. Anschließend ist zu untersuchen, ob die Befreiung schon wegen eines Differenzierungsverbotes verfassungswidrig ist. Daran schließt sich die Interdependenzprüfung, in deren Rahmen die aus dem Sozialstaatsprinzip gewonnenen Erkenntnisse zur Wirkung kommen.

---

1) vgl. BVerfGE 1, 264 (276)
2) Gleichheit S. 153 FN. 142
3) Ihm folgen: Böckenförde S. 62 FN. 7; Fuss JZ 1962, 565; Podlech, Gleichheitssatz S. 84
4) Darin liegt eine Annäherung an die in der Literatur z. B. von Böckenförde (S. 71 ff, Eingrenzung der wesentlichen Merkmale durch Finalität und Modalität des Gesetzes) und Gassner (S. 4, Eingrenzung der wesentlichen Merkmale durch das Ziel der Vorschrift) vertretenen Ansichten.
5) Fuss JZ 1962, 743
6) Luhmann S. 59; Podlech, Gleichheitssatz S. 84
7) Luhmann S. 61 f

Teil C: Das Geistlichenprivileg im Wehrrecht

I. Die Konfliktspartner

Bei der Normenkontrolle der Wehrdienstbefreiung der Geistlichen gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 1-3 WPflG kommen als Vergleichs- und Konfliktspaar der vom Wehrdienst befreite Geistliche und der nach §§ 1, 4 WPflG Wehrdienstpflichtige in Betracht[1].

Bei der Frage, ob sich die Vergleichspartner gegenüber der staatsbürgerlichen Verteidigungspflicht in ähnlicher Lage befinden, ist die Haltung der Kirchen zum Wehrdienst ihrer Amtsträger von Bedeutung. Der Staat ist zwar an deren Auffassung nicht gebunden; es ist ihm hingegen auch nicht verwehrt, eine besondere Pflichtenlage einer Gruppe von Staatsbürgern zu prüfen. - Eine besondere Lage der Geistlichen kann sich aus ihrem Pflichtverhältnis zu ihrer Kirche ergeben.

1. Die Auffassung der evangelischen Kirche zum Wehrdienst der Geistlichen

Eine einheitliche und klare theologische Stellungnahme fehlt[2]. Da zwischen Laien und Geistlichen aus theologischer Sicht kein grundsätzlicher Unterschied besteht, kann man auf die Äußerungen zum Wehrdienst überhaupt zurückgreifen.

Nach Ansicht Luthers muß in der Welt des Widerspruchs das Recht verteidigt werden, und die Liebe muß sich möglicher-

---

1) H. Bogs vergleicht ausschließlich den Waffendienstverweigerer mit dem Geistlichen, DSt 9, 57 ff. Der Konfliktsfall tritt aber nicht in voller Schärfe zwischen dem Ersatzdienstpflichtigen und dem Befreiten hervor.

2) Liermann Sp. 1559

weise in der Anwendung der Schwertgewalt bewähren. Dieser Standpunkt hat auch heute noch Gültigkeit[1]. Die Nichtbeteiligung am Krieg liegt dem Christen aber näher als die Beteiligung[2]. Die freie Gewissensentscheidung gegen den Krieg wird kirchlicherseits gebilligt[3]. Sie darf aber nicht als allgemeines Prinzip bezeichnet werden: die Verpflichtung zur Teilnahme am politischen Leben kann die Beteiligung am Krieg unvermeidlich machen[4]. Der Kriegsdienst des Pfarrers als Amtsträger könnte aber den Eindruck erwekken, die Kirche wolle mit dem Krieg bestimmte "christliche" Belange vertreten und verteidigt sehen[5]. Das Waffenhandwerk jedenfalls steht im Gegensatz zum Amt der Versöhnung, das der Pfarrer wahrzunehmen hat[6].
Im Ergebnis ist festzuhalten, daß der evangelische Amtsträger durch seine besondere Pflichtenstellung grundsätzlich nicht gehindert ist, dem staatlichen Aufruf zum Wehrdienst Folge zu leisten.

2. Die Lehre der katholischen Kirche zum Wehrdienst der Geistlichen

Gemäß c. 121 CIC ist dem Geistlichen der Militärdienst, d.h. der Dienst mit der Waffe und die Ausbildung dazu[7], untersagt. Der Priester kann auf die kirchenrechtliche immunitas

---

1) Thielicke, Bd. II/2 S. 567; Mann evStL Sp. 1144 f; Burger S. 107 f; Locher S. 67 ff; Künneth evStL Sp. 2154; Guggisberg S. 127 f; vgl. Jentsch passim
2) Gollwitzer S. 44
3) Schrey MPTh 40 (1951), 23; Locher S. 72
4) Gollwitzer S. 44; Hamel evStL Sp. 1149; vgl. den Bericht "Die Kirchen und der Verteidigungsbeitrag", in: Der deutsche Soldat in der Armee von morgen S. 78
5) Thielicke, Bd. II/2 S. 567
6) Schrey MPTh 40 (1951), 22
7) Dänhardt, Immunität S. 233; Eichmann-Mörsdorf, Bd. 1 S. 255

personalis nicht verzichten, da die Immunität ein die ganze Kirche, ihre Personen und Einrichtungen betreffendes Privileg ist[1]. Tritt er freiwillig in den Militärdienst, verliert er ipso iure sein geistliches Amt[2]. Die klerikalen Immunitäten können aber als kirchliche Vorschriften geändert oder aufgehoben werden[3]. Hier zeigt sich in der theologischen Lehrauffassung ein Wandel im Vergleich z. B. zum "Syllabus" Pius' IX.[4], der die Auffassung Vigils bekämpfte, die Immunität habe ihren Ursprung im weltlichen Recht. Die neuere Lehre sieht die kirchliche Immunität wohl als ein im göttlichen Recht verankertes Postulat an; in den einzelnen Bestimmungen handele es sich jedoch nur um kirchliches Recht und nicht um ius divinum[5]. Der katholische Geistliche steht seinem evangelischen Amtsbruder also insofern gleich, als die katholische Kirche an die Immunitätsregeln nicht unabänderlich gebunden ist, wie sie es für den Fall des ius divinum wäre.

3. Die religiösen Auffassungen kleinerer Religionsgemeinschaften lassen keine Sonderstellung ihrer Geistlichen hinsichtlich des Wehrdienstes erkennen. Der Geistliche wird aus der Gemeinschaft nicht herausgehoben. Er ist daher in keiner besonderen Pflichtenlage.

Ergebnis: Die erwähnten Vergleichspartner befinden sich in einer ähnlichen Lage hinsichtlich der Wehrdienstpflicht. Damit ist das Vergleichspaar fixiert.

---

1) Dänhardt, Immunität S. 232
2) Liermann Sp. 1559
3) Plöchl, Bd. 3 S. 450 f
4) Nr. 30 und 32
5) Le Bras S. 342 f; Claeys-Boùùaert Sp. 868; Dänhardt, Immunität S. 248; Plöchl, Bd. 3 S. 450 f; Downs S. 117 ff, 131 f; Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 449; so schon Hinschius, Bd. 1 S. 127; ungenau Erler Sp. 681

II. Das Geistlichenprivileg und die Differenzierungsverbote

1. Differenzierungskriterium-Verbote

Nach Art. 3 Abs. 3 GG sind u. a. die Differenzierungskriterien "Glaube" und "religiöse Anschauungen" als Anknüpfungsmerkmale für eine Differenzierung verfassungsrechtlich ausgeschlossen.
§ 11 WPflG knüpft jedoch an diese Kriterien offenbar nicht an. Die genannten Merkmale finden sich bei allen Menschen, die sich zu einer Religion bekennen; diese werden aber nicht von § 11 WPflG angesprochen. Insoweit ist der Wortlaut der Norm eindeutig, der ausschließlich "Geistliche" befreit. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn eine Religion den Waffendienst speziell und ausschließlich für ihre Geistlichen, und zwar aus religiösen Gründen, verbieten würde. Nur, wenn die Freistellung der Geistlichen Bestandteil einer religiösen Lehre wäre, könnte § 11 WPflG an diese Religion angeknüpft haben. Die für den Geltungsbereich des Grundgesetzes in Betracht kommenden Religionen kennen aber eine solche Lehre nicht: c. 121 CIC, der den Geistlichen den Militärdienst verbietet, ist nicht als ius divinum Bestandteil der katholischen Religion; in den evangelischen Kirchen gibt es überhaupt keine vergleichbare Regel oder Lehrauffassung; bei den kleineren Religionsgemeinschaften, den Zeugen Jehovas z. B., sind alle Religionsangehörigen "Geistliche", eine spezielle religiöse Ausnahme für die Geistlichen findet daher nicht statt.

2. Differenzierungsziel-Verbote

Art. 3 Abs. 3 GG verbietet eine Differenzierung, die - wenn sie auch nicht an ein dort genanntes Merkmal anknüpft - ein Differenzierungs z i e l anstrebt, das eine Besserstellung des Betroffenen (arg.: s e i n Glaube usw.) auf einem durch die in Art. 3 Abs. 3 GG aufgezählten Merkmale bezeichneten Gebiet darstellt.

Die Frage läuft darauf hinaus, ob § 11 WPflG die persönliche Religionsausübung des Geistlichen bevorzugen will. Die Entstehungsgeschichte läßt erkennen, daß es dem Gesetzgeber nicht darum ging[1]. Er hat richtig erkannt, daß das persönliche Interesse des Geistlichen hinsichtlich der Religionsausübung kein anderes sein kann als das jedes anderen Gläubigen. In diesem Punkt gibt es keinen Unterschied in der Qualität. Hier fällt nicht ins Gewicht, daß der evangelische Pfarrer durch das Predigtamt[2], der katholische Priester durch die Weihe eine besondere Stellung innerhalb der Gläubigen einnimmt[3]. - Die Wehrdienstbefreiung wurde den Geistlichen also nicht als individuelles Privileg gewährt[4].

Ein weiteres Differenzierungsziel-Verbot hängt mit der eben erörterten Frage in gewisser Weise zusammen:
das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 und 3, 136 Abs. 1 WRV enthaltene Zielverbot staatskirchenrechtlicher Maßnahmen[5]. Dieser Bereich wird aktuell, wenn die Kirchen durch eine Beschränkung staatsbürgerlicher Pflichten ihrer Diener bevorzugt werden[6]. Das BVerfG hat aus Art. 4 Abs. 1, 3 Abs. 3, 33 Abs. 3, 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 4, 137 Abs. 1 WRV die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates nachgewiesen[7]. Mit diesem Begriff rückt das Verhältnis Kirche-Staat in den Blickpunkt. Trotz der noch weitgehend ungeklärten rechtlichen Beziehungen zwischen beiden sollen im folgenden einige Leitgedanken dargelegt werden, soweit eine Förderung der Kirchen angesprochen ist.

---

1) Verhandl. des BT, 2. WP, 157. Sitzg. v. 4. 7. 1956, Sten. Ber. S. 8599 ff
2) Beckmann, Kirche in der Zeit 1956, 103
3) Barion evStL Sp. 1043
4) BVerwGE 34, 291 (295)
5) BVerfGE 19, 206 (216)
6) vgl. Art. 136 Abs. 1 WRV
7) E 19, 206 (216)

Der Staat gewährleistet den Kirchen Eigenständigkeit und Unabhängigkeit[1]. Das Verhältnis von Staat und Kirche stellt sich als freiheitliche Zuordnung der beiderseitigen Aufgaben und des beiderseitigen Wirkens dar[2]. Für die Entfaltung der eigenen Kräfte der Kirchen gewährleistet der Staat Freiheit und Schutz. Der Streit der Meinungen entzündet sich aber an dem Problem, ob dazu auch die F ö r d e r u n g der öffentlichen Freiheit und Eigenständigkeit der Kirchen gehört.

Man wird anerkennen, daß der soziale Rechtsstaat die gewährten Freiheiten sich nicht selbst überlassen darf[3]. Zur Freiheit gehört auch deren Effizienz. Nach Hollerbach gilt das besonders auf dem nicht auf ökonomische Macht abgestützten geistig-kulturellen Sektor, den es zu fördern gelte, wobei die Kirchen als Träger eines geistigen Auftrags am Menschen besonders zu berücksichtigen seien[4]. Die Gegner dieser Auffassung sehen zwischen einer Förderung der Kirchen und der staatlichen Neutralität einen Widerspruch[5].
Der Streit kann für alle die Fälle auf sich beruhen, in denen die staatliche Maßnahme kirchliche Belange nur als Nebenfolge der staatlichen Zielsetzungen fördert[6], auch wenn das dem Staat nicht unwillkommen sein mag. Völlig ungebunden ist der Staat, wenn die Kirchen mit der staatlichen Zielsetzungen entsprechenden Maßnahme zwangsläufig ebenfalls gefördert werden. An dieser Stelle wird es notwendig, auf die möglichen Ziele der Befreiung der Geistlichen in § 11 WPflG einzugehen.

---

1) Hesse evStL Sp. 921 f; BVerfGE 18, 385 (386)
2) Hesse evStL Sp. 924; ders.VDStRL 26,137 f; Ridder, Staatslexikon Sp.1028 (Reziprozität der Rechte und Pflichten); abw.Heckel VDStRL 26,155 (Überlagerung)
3) Die tatsächlichen Voraussetzungen der grundrechtlichen Freiheit sind hingegen nicht Sache des Staates, Maunz-Dürig-Herzog Art.7 Rdn 86; Quaritsch DSt 5, 469
4) VDStRL 26,S.89 f,103; zustimmend: Heckel VDStRL 26,S.32 ff, 40; Scheuner VDStRL 26, 131; Dürig VDStRL 26, 138 f; Beulke ZevKR 6, 132 f; kritisch Herzog VDStRL 26, 122 f
5) Böckenförde VDStRL 26, 123; Hesse evStL Sp. 921, 924; Quaritsch VDStRL 26, 111 ff; vermittelnd H. Weber (Grundprobleme S. 68 f), der eine Förderung bei besonderer verfassungsrechtlicher Legitimation für zulässig erachtet
6) so auch H. Bogs DSt 9, 54 FN. 30

3. Die positiven Ziele der Befreiung

Als mögliche Ziele der Bestimmung kommen in Betracht:

a) Das Amt der Betreuung der Gemeinden sicherzustellen[1]. Die Betreuung ist in weitestem Sinn zu verstehen und soll sich besonders auf Kriegszeiten beziehen[2].

b) Berücksichtigung der christlichen Berufsethik[3].

c) Anerkennung der persönlichen Friedensberufung der Geistlichen im Rahmen der internationalen Friedensbemühungen[4].

d) Politische Zielsetzungen:
1) Gewährleistung einer staatsverbundenen, in die Militärverwaltung eingegliederten Militärseelsorge[5].
2) Den Frieden mit der katholischen Kirche zu wahren[6]. Kern des Geistlichenprivilegs ist offenbar die Militärdienstbefreiung der katholischen Priester[7].
3) Rücksichtnahme auf die öffentliche Meinung des Auslands. Bei der Wiedereinführung der Wehrpflicht war man sich zwar der generellen Zustimmung der Regierungen der Westmächte bewußt. Es bestand dennoch die Gefahr, daß interessierte Kreise die in der öffentlichen Meinung des Auslands verbreiteten Antipathien gegen einen deutschen Militarismus zum Nachteil der BRD ausnutzen würden[8]. Die Politiker waren sich darüber im klaren, behutsam vorgehen zu müssen. Nachdem die - auch im Ausland vertretenen - großen Kirchen zu erkennen gegeben

1) Abg. Bausch, Verhandl. des BT, 2. WP, 157. Sitzg. v. 4.7. 1956, Sten. Ber. S. 8603
2) vgl. Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 478 ff
3) H. Bogs DSt 9, 58; J. Heckel S. 144
4) Hamel evStL Sp. 1148 f
5) H. Bogs DSt 9, 61 FN. 61; Simon S. 119
6) Haas S. 23
7) H. Bogs DSt 9, 63
8) vgl. Wettig S. 369 ff, 638 ff; Jahn S. 32 ff

hatten, daß sie eine Freistellung der Geistlichen begrüßen würden, konnte eine gegenteilige Entscheidung u. U. als Brüskierung aufgefaßt werden. Eine Befreiung der Geistlichen hingegen versprach als freundliche Geste gegenüber den Kirchen auch außenpolitische Früchte; das vor allem deswegen, weil die Kirchen sich während des Dritten Reiches maßgeblich am Widerstand beteiligt hatten. Dem Ausland klarzumachen, daß die nationalsozialistische Herrschaft und das deutsche Volk nicht dieselben Absichten verfolgt hatten, war ein Hauptziel der westdeutschen Nachkriegspolitik. Das war in der Wehrfrage unübersehbar[1].

4) Weiteres politisches Ziel ist, die Integration in die NATO nicht unnötig zu komplizieren. Nachdem westdeutsche Truppen in die NATO eingegliedert sind, würde es einen unersprießlichen außenpolitischen Begründungsaufwand nach sich ziehen, wenn man von der bei den Natopartnern, insbesondere den Vereinigten Staaten, üblichen Befreiung der Geistlichen abgehen wollte.

Bei den aufgezählten möglichen Zielen bzw. Teilzielen findet man in den politischen Zielen überwiegend staatliches Interesse. Aber auch die übrigen Ziele sind gemeinwohlhaltig, soweit sie auf das im öffentlichen Leben wirkende Amt abstellen[2]. Zur Begründung kann auf die historischen Beispiele verwiesen werden, in denen sich das staatliche Interesse an der öffentlichen Funktion der Geistlichen zeigte[3]. - Was die Berücksichtigung der persönlichen Berufung für den Frieden angeht, ist darauf hinzuweisen, daß diese Aufgabe über Art.24 GG auch staatliche Aufgabe geworden ist[4].

---

1) Wettig S. 400 ff
2) Die Übernahme des kirchlichen Begriffes "Amt" in das weltliche Recht stößt auf Schwierigkeiten (Pirson VDStRL 26, 134), auf die später beim Begriff "Geistlicher" eingegangen wird.
3) Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916) S. 472 f, 477; die wohl gegenteilige Ansicht des BVerwG (E 34, 291 (295) kann sich nicht auf die geschichtlichen Fakten stützen.
4) vgl. Scharffenorth S. 21

Es ist daher K. Brunner zuzustimmen, der die Befreiung der Geistlichen mit lebensnotwendigen staatlichen Aufgaben begründet[1]. Damit scheiden eine einseitige Förderung der Kirchen und ein verbotenes Differenzierungsziel aus.

4. Verfassungsrechtliche Zielbestimmungen

Andererseits ist anzumerken, daß die Befreiung der Geistlichen nicht durch eine positive Zielbestimmung dem Staat vorgeschrieben ist.
Dieses Ergebnis folgt grundsätzlich schon aus der oben erläuterten Auffassung, daß die Zielbestimmungen des Grundgesetzes für den konkreten Fall solange keine Aussagekraft besitzen, bis sie durch Gesetz weiter konkretisiert sind. Eine solche Konkretisierung ist für den Wehrdienst der Geistlichen aber nicht ersichtlich.
Es braucht daher eigentlich nicht weiter auf die rechtlichen Ausstrahlungen der Religionsausübungsfreiheit eingegangen zu werden. Wenn das hier dennoch geschieht, dann deswegen, um die aus diesem Bereich stammenden häufig diskutierten Argumente zu behandeln.

a) Das Geistlichenprivileg wird oft mit dem Grundrecht auf freie Religionsausübung in Zusammenhang gebracht[2]. - Hier kommt nicht die freie Religionsausübung des Geistlichen

---

1) S. 91; so auch H. Bogs DSt 9, 55. Das staatliche Interesse dürfte auch aus den bei Tocqueville (Bd. 1 S. 342) zitierten amerikanischen Verfassungen durchklingen, so Art. 7 § 4 der Verfassung von New York: "Da die Prediger des Evangeliums durch ihren Beruf dem Gottesdienst geweiht sind und ihnen die Führung der Seelen aufgetragen ist, sollen sie in der Ausübung dieser wichtigen Pflichten nicht gestört werden; infolgedessen kann kein Prediger des Evangeliums oder Priester, welcher Sekte immer er angehöre, irgendwelche öffentlichen Ämter, bürgerliche oder militärische, bekleiden."
2) Pernthaler S. 186 f, abweichend auf S. 210 f

selbst in Betracht[1], sondern ein immerhin denkbares "Recht auf den Geistlichen". Ein solches könnte sowohl dem einzelnen als auch den Kirchen[2] zustehen.
Vorweg ist zu betonen, daß das Grundrecht auf freie Religionsausübung unter der Gemeinwohlschranke der Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV steht[3]. Diese Grenze ist im allgemeinen zu durchlässig, als daß sie präzise allgemeingültige Antworten zuließe; eine negative Aussage wird dem Begriffsinhalt eher gerecht werden:
Zur Religionsfreiheit gehört zwar die volle Wirksamkeit der Kirchen[4]. Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 2 GG geht aber nicht soweit, daß staatliche Notwendigkeiten wie der Wehrdienst, die die Organisation der Kirchen und ihre Geistlichen als Staatsbürger mitbetreffen, noch nicht jenseits der Schranken ihrer ihnen ansonsten gewährleisteten Religionsausübungsfreiheit lägen[5].

b) Eine weitere Zielbestimmung im Sinne einer Festlegung staatlicher Zielsetzung kommt in Betracht durch Art. 6 des Reichskonkordates von 1933 mit dem dazugehörigen Geheimanhang, worin den katholischen Geistlichen für Friedenszeit die Dienstbefreiung zugesichert war. Gerade dieses Faktum wird immer wieder zur Begründung für die Daseinsberechtigung von § 11 WPflG angeführt, besonders auf politischer Ebene[6].

---

1) dazu oben S. 95
2) BVerfGE 24, 236 (245)
3) Vater S. 50 ff, 196; Bettermann VDStRL 28, 128; Bäumlin VDStRL 28, 147; im Ergebnis auch Bertermann MDR 1966, 885
4) Scheuner VDStRL 26, 110; ders. DÖV 1967, 589
5) BVerwG 24, 1 (6); Bayer. VerfGHE 8, 1 (8) und Lts. Nr. 3; Kreutzer DÖV 1958, 151; vgl. Böckenförde VDStRL 28, 57 ff, 84 (zum Grundrecht der Gewissensfreiheit).
6) Regierungsentwurf zum WPflG BT-Drucksache II (1956)/2303 S. 19 ff; Bericht der Wehrstruktur-Kommission S. 43

Damit mag der politische Aspekt der Sache zutreffend erfaßt sein; rechtlich kann aber - ganz gleich, ob das Reichskonkordat ein völkerrechtlicher Vertrag ist oder nicht[1] - darin keine endgültige Erledigung einer staatlichen Wehrfrage gesehen werden. Der Gesetzgeber ist rechtlich nicht gehindert, diese Materie trotz gültigem Reichskonkordat[2] später abweichend zu regeln[3]. Hier ist nicht zu erörtern, wie dieser Akt rechtlich zu klassifizieren wäre und welche Auswirkungen auf das Reichskonkordat im übrigen eintreten würden[4]. Der Grundsatz 'pacta sunt servanda'[5] gilt jedenfalls nur solange, wie ein Vertrag und dessen Teilbestimmungen in Kraft und nicht aufgekündigt oder sonstwie erloschen sind.

5. Differenzierungsgrund-Verbote

Aus dem Negativattest bei Differenzierungskriterium und Differenzierungsziel ergibt sich wegen der Interdependenz zwischen den Differenzierungselementen bereits ein Indiz, daß die durch § 11 WPflG vollzogene Differenzierung nicht auf einem unzulässigen Grund beruht. So liegt offenbar kein Grund vor, der gemäß Art. 3 Abs. 3 GG verboten ist: die Geistlichen werden nicht wegen ihrer Religion oder ihres Glaubens

---

1) für den völkerrechtlichen Charakter plädieren z. B. Mosler S. 371; Ridder, Staatslexikon Sp. 1027; - a. A.: Schwan S. 24; Obermayer DÖV 1967, 14; - die verschiedenen Theorien bei Schöppe S. XXIV f
2) BVerfGE 6, 309 (357)
3) H. Bogs DSt 9, 63; Quaritsch DSt 5, 472; Obermayer DÖV 1967, 15; Ridder, Staatslexikon Sp. 1027; H. Weber, Grundprobleme S. 47 ff, 53, 73; - a.A. ohne weitere Begründung Hollerbach, Verträge S. 156 ff; a.A. auch Albrecht S. 227, u.a. mit dem nicht zutreffenden Hinweis auf eine Bindung des Gesetzgebers an seine frühere "Zusage"; vgl. auch Abg. Friedensburg, Verhandl. des BT, 2. WP, 157. Sitzg. v. 4.7.1956, Sten.Ber. S. 8629; vgl. BVerfGE 19, 1 (12), wo eine e i n s e i t i g e Aufhebung vertraglich gewährleisteter Rechte für unzulässig erklärt wird
4) dazu Obermayer DÖV 1967, 15
5) Allein auf dieses Argument stützt sich der Bericht der Wehrstruktur-Kommission, S. 43.

befreit; es ist auch nicht eine unzulässige Förderung der Kirchen das ausschlaggebende Motiv für die Befreiung - insofern gilt das gleiche wie für die anderen Differenzierungselemente. Es soll noch betont werden, daß hier nicht zu der Frage Stellung zu nehmen ist, ob es - positiv - einen sachlichen Grund für die Befreiung gibt, der sie auch im sozialen Rechtsstaat unter Berücksichtigung der vielfältigen Wehrdienstformen rechtfertigt, d. h. auch in seiner Werthaltigkeit mit der notwendigen Billigung rechnen kann.

Ergebnis zu II: § 11 WPflG verstößt nicht gegen ein Differenzierungsverbot.

III. Die Interdependenzprüfung

Die anschließende Interdependenzprüfung ist auf eine ausführliche Darstellung der Differenzierungselemente angewiesen. Eine Differenzierungsnorm läßt nun nicht immer mit Sicherheit erkennen, an welches Merkmal sie anknüpft, mit welcher Absicht und mit welchem Grund. Das ist nicht weiter schädlich; denn eine Divergenz zwischen den Differenzierungselementen wird auch dann sichtbar, wenn jede von der Norm her mögliche Anknüpfung mit den übrigen Differenzierungselementen nicht harmoniert.

1. Das in § 11 Abs. 1 Ziff. 1-3 WPflG enthaltene Differenzierungskriterium

§ 11 Abs. 1 Ziff. 1-3 WPflG nennt im Tatbestand "Geistliche", die entweder ordiniert sind oder die Subdiakonatsweihe empfangen haben oder hauptamtlich in einem Amt tätig sind, das dem der großen Konfessionen entspricht.

Angeknüpft wird also an das Kriterium "Geistlicher". Die genaue Bestimmung dieser Bezeichnung hat bisher erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Der Wortinhalt ist im Sprachgebrauch unbestimmt; er deutet auf eine Berufstätigkeit, auf eine kirchliche Funktion, aber auch auf eine religiöse Ausbildung und seelsorgliche Aufgabe hin. Dieser Weite der Bezeichnung tritt § 11 entgegen, indem er die Ordination bzw. die Subdiakonatsweihe bzw. eine Entsprechung des Amtes bei anderen Bekenntnissen zur Eingrenzung heranzieht. Die Besonderheit liegt nun darin, daß das Gesetz damit keine juristischen, sondern religionswissenschaftliche Begriffe verwendet. Auf dem Gebiet der Theologie ist der weltliche Gesetzgeber naturgemäß nicht zu Hause; gelegentlich wird ihm und der Rechtsprechung wegen ihrer Inkompetenz im theologischen Bereich und speziell bei der Beurteilung der Voraussetzungen für die Befreiung der Geistlichen sogar die Urteilsfähigkeit abgesprochen[1]. Schon bei der Debatte des Wehrpflichtgesetzes wurde behauptet, die evangelische Kirche kenne keinen Unterschied zwischen Geistlichen und Laien, die Pfarrer hätten denselben Status wie alle Mitglieder der Gemeinde, so daß die Befreiung der Berechtigung entbehre[2]. Diese Ansicht verkennt, daß der Gesetzgeber durch die Verwendung theologischer Begriffe keine Aussage auf theologischem Gebiet trifft, etwa über das "allgemeine Priestertum", das in der evangelischen Kirche umstritten ist[3]. Der staatliche Gesetzgeber verwendet sie in § 11 WPflG ausschließlich zur Eingrenzung. So haben die theologischen Auffassungen hinsichtlich des Amtsbegriffs[4] keinen Einfluß auf die Auslegung[5]. Die in Ziff. 1 - 3 genannten Geistlichen werden auch nicht etwa als gleichwertig bezeich-

1) Pirson VDStRL 26, 132 f
2) Abg. Metzger, Verhandl. des BT, 2. WP, 157. Sitzg. v. 4. 7. 1956, Sten. Ber. S. 8599
3) Brunotte, evStL Sp. 36
4) zum Amtsbegriff katholischer Theologie: Mörsdorf S. 383 ff, 397; nach evangelischer Theologie: Wolf S. 185 ff; Münter S. 65 ff u. passim
5) BVerwGE 25, 336 (338); BVerwGE 34, 291 (297) unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rspr.

net[1]. Sie werden vielmehr aus Gründen der Parität gleichbehandelt. Ob diese Gleichbehandlung ihrerseits gerechtfertigt ist, kann hier außer Betracht bleiben[2].
Auslegungsprobleme ergeben sich aus der Entsprechungsklausel der Ziff. 3. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist u. a., daß ein "entsprechendes Amt" festzustellen ist. Es wird also ein Vergleich mit den Ämtern der Geistlichen der großen Kirchen erforderlich. Würden nun die theologischen Lehrmeinungen der großen Kirchen über das "Amt" auf die in Ziff. 3 erwähnten anderen Bekenntnisse übertragen, wäre bei den kleineren Religionsgemeinschaften eine Fehlanzeige wegen der Religionsunterschiede die unausbleibliche Folge. Diesen Sinn darf die Entsprechung wegen der grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Religionsgesellschaften nicht haben[3].

Zu einer solchen Auslegung besteht aber auch kein Zwang. Es ist der Bestimmung durchaus zu entnehmen, daß der Gesetzgeber an ein tatsächliches, äußeres Erscheinungsbild des Geistlichen anknüpft[4], das sich nach Ordination und Subdiakonat regelmäßig ergibt und daher mit den verwendeten Begriffen am treffendsten bezeichnet wird. Das tatsächliche Erscheinungsbild des Geistlichen besteht aber in der besonderen Funktion, die er in seiner Kirche wahrnimmt und die er in der weltlichen Gesellschaft zur Wirkung bringt. Unberührt davon bleibt, daß die Kirchen aus ihrer theologischen Sicht keineswegs auf die äußerliche Funktion abstellen[5]. Nach kanonischem Recht ist Träger der immunitas personalis bereits jeder, der die erste Tonsur gültig empfangen hat; auf den Empfang von Weihen kommt es nicht an[6].

---

1) undeutlich BVerwGE 34, 291 (299)
2) BVerwG NJW 1963, 1169 ff hat die Frage bejaht; ebenso: "L'Affaire Grandrath", Entscheidung der Kommission über die Zulässigkeit der Klage, S. 52
3) BVerwGE 34, 291 (298)
4) Scheuner DÖV 1967, 591 FN. 62; so auch OLG Bremen NJW 1963, 1933
5) Grundmann evStL Sp. 38
6) Dänhardt, Immunität S. 233 ff

a) Die Auffassungen zum Begriff des Geistlichen im Schrifttum

Die Auffassungen über diesen Begriff in der Rechtslehre gehen weit auseinander. Von keinem der Interpreten wird eine Definition gegeben, es werden vielmehr verschiedene notwendige Eigenschaften aufgezählt. Sie sollen im folgenden der Übersichtlichkeit wegen in einer begrifflichen Aufgliederung dargestellt werden[1].

Als Voraussetzungen kommen in Betracht:

1) Anforderungen an die Person des Religionsdieners, der die Bezeichnung Geistlicher verdient:

(a) hinsichtlich der gesellschaftlichen Stellung: Stand und Würde (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 4), geistlicher Stand (Zwingenberger § 11 Ziff. 4); a. A. Kreutzer DÖV 1958, 151.

(b) hinsichtlich des Alters: mindestens 24 Jahre wie bei einem evangelischen Geistlichen (Kreutzer DÖV 1958, 151).

(c) hinsichtlich seelsorgerischer Fähigkeiten: Fähigkeit, den Mitmenschen in seelischen Nöten und Zweifeln beizustehen (Kreutzer DÖV 1958, 152); Amt als Seelsorger (Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 11 II 2); a. A. H. Bogs DSt 9, 64.

(d) hinsichtlich der persönlichen Bindung an den Dienst: unaufgebbarer Dienst, Lebensberuf (Kreutzer DÖV 1958, 152); unwiderrufliche Widmung (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 4); eine dem Amt der großen Kirchen entsprechende Bindung (Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 11 II 2 b; ebenso Zwingenberger, Anhang 6 FN. 12); Tätigkeit für mindestens drei Jahre (H. Bogs DSt 9, 65).

---

1) Die jeweilige Ansicht zum Geistlichenbegriff zerlegt das Schema in einzelne Aspekte, gestattet aber auch die nachträgliche vollständige Zusammenfügung.

2) Anforderungen an die Ausbildung:

längere geregelte Vorbereitung und sakrale Weihe (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 4 und Hahnenfeld UBWV 1965, 56); eine Ausbildung wie bei den großen Bekenntnissen (Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 11 II 2 b); vergleichbare Ausbildung (Zwingenberger, Anhang 6 FN. 12); keine w i s s e n s c h a f t l i c h e Vorbildung (Kreutzer DÖV 1958, 151).

3) Anforderungen an die dienstliche Aufgabe ("Amt", § 11 Abs. 1 Ziff. 3 WPflG):

(a) hinsichtlich der Qualität: herausgehobene Stellung innerhalb der Religionsgemeinschaft (Kreutzer DÖV 1958, 151); Befugnis zur Abhaltung von Gottesdienst und der dazugehörigen Weihehandlungen (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 2; ebenso Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 11 II b); unentbehrliche Führungskraft im kultisch-seelsorgerischen Bereich, der auch in religiöser Werbung bestehen kann (H. Bogs DSt 9, 65).

(b) hinsichtlich der zeitlichen Intensität ("hauptamtlich Tätige", § 11 Abs. 1 Ziff. 3); keine Nebentätigkeit neben einem bürgerlichen Hauptberuf (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 3); überwiegender Zeitaufwand für das Amt (Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 11 II 2); Aufwendung von mehr als der Hälfte der Zeit, die ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst oder in der Wirtschaft zu arbeiten hat (H. Bogs DSt 9, 65); Gefühl der Berufung für einen Lebensberuf (Kreutzer DÖV 1958, 152).

(c) hinsichtlich der materiellen Existenzsicherung: auf den Unterhaltsbezug aus dem Amt kommt es nicht an (Scherer-Krekeler, Wehrpflichtgesetz § 11 II 2, Kreutzer DÖV 1958, 152; Zwingenberger Anhang 6 FN. 12; anders die Verwaltungsvorschriften für die Musterung und Einberufung ungedienter Wehrpflichtiger v. 25. Nov. 1957, Ziff. 1 zu § 11, abgedr. bei Zwingenberger S. 228 f; a. A. Ludwig-Mitrowan S. 18).

4) Anforderungen an die Glaubensgemeinschaft ("Bekenntnisse", § 11 Abs. 1 Ziff. 3):

(a) hinsichtlich der Qualität: es genügt ein verhältnismäßig loser Zusammenhang von Gleichgesinnten zur Betätigung religiöser Anschauungen (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 1; Kreutzer DÖV 1958, 152).

(b) hinsichtlich der Dauer: die Gewähr für eine gewisse zeitliche Dauer muß gegeben sein (Hahnenfeld § 11 Rdn 6 Ziff. 1).

(c) hinsichtlich der Mitglieder: die Gemeinschaft, die der Geistliche betreut, muß annähernd die Mitgliederzahl einer Gemeinde der beiden großen Konfessionen besitzen (Kreutzer DÖV 1958, 151).

Ergebnis: Weitgehende Übereinstimmung dürfte im Schrifttum insoweit bestehen, daß Geistlicher nur derjenige ist, der eine besondere geistliche Funktion nach einer dafür vorgesehenen Ausbildung[1] auf Dauer versieht, wobei die materielle Existenzsicherung unwesentlich ist. Hinsichtlich der Art des Amtes bzw. der geistlichen Tätigkeit, des Alters und der Fähigkeiten des Religionsdieners ist eine einheitliche Linie nicht zu erkennen. Die Extreme der Ansichten liegen etwa bei Hahnenfeld, der zu den allgemein gebilligten Anforderungen zusätzlich auf Stand und Würde Wert legt und andererseits bei H. Bogs, dessen Geistlichenbegriff weder Ausbildung noch seelsorgerische Aufgaben, sondern nur Leitungsfunktionen verlangt und damit auf die Funktionsträger der Zeugen Jehovas paßt.

b) Die neuere Rechtsprechung zum Geistlichenbegriff

Die Rechtsprechung zum Begriff des Geistlichen hat eine relativ dynamische Entwicklung genommen. Der tatsächliche Hin-

1) Das Interesse des Staates an einer Ausbildung und Vorbildung der Geistlichen manifestiert sich in der Einrichtung theologischer Fakultäten an den staatlichen Hochschulen, vgl. Reppel S. 89 ff.

tergrund dieser auffälligen Veränderung mag nicht zuletzt darin liegen, daß durch eine extensive Auslegung die Möglichkeit geschaffen wurde, Religionsdiener als Geistliche vom Wehrdienst zu befreien, die bisher wegen Wehr- und Ersatzdienstverweigerung als religiöse Überzeugungstäter straffällig wurden.

Das Urteil des BVerwG vom 25. März 1966[1] hatte beim Vergleich im Rahmen der Entsprechungsklausel des § 11 Abs. 1 Ziff. 3 WPflG noch auf das Wesen des geistlichen Amtes Bezug genommen. Die Entscheidung richtete sich dann allerdings an äußeren Merkmalen aus; dazu zählten die ständige Verbundenheit mit dem Beruf, eine Ausbildung dazu und ausschließliche Widmung, seelsorgerische Tätigkeit und eine gewisse Mitgliederzahl der zu betreuenden Gemeinde[2].

Das Urteil des BVerwG vom 9. Dez. 1966[3] stufte erstmals einen Prediger der "Gemeinde Gottes" als Geistlichen im Sinne der Wehrdienstbefreiungsvorschrift ein. Das Gericht bejahte das Vorliegen eines Amtes, weil der mit der Würde eines Geistlichen versehene und besonders vorgebildete Prediger eine größere Laienschaft betreute. Es verlangte keine wissenschaftliche Ausbildung, aber ein mehrjähriges Studium an einer dafür vorgesehenen Schule. Von einem Äquivalent einer Weihe oder Ordination sah das Gericht ab, weil eine förmliche Bestellung genüge und die regelmäßige Gewähr eines Verbleibs im Amt im vorliegenden Fall gegeben sei[4].

Das Urteil des BVerwG vom 11. Dez. 1969 schließlich[5] setzt sich mit der Frage auseinander, ob ein sog. Versammlungsdiener der Zeugen Jehovas Geistlicher im Sinne des Wehrpflichtgesetzes ist. Das Gericht wiederholt, daß bei dem mit der

---

1) E 24, 1 ff
2) Diese Entscheidung war Gegenstand eines Verfahrens vor der Europäischen Menschenrechtskommission. Die beim Europarat gebildete 10-köpfige Kommission lehnte einen Verstoß gegen die Menschenrechtskonvention vom 4. Nov. 1950 ab. Dem stimmte der Ministerrat zu, vgl. "L'Affaire Grandrath" S. 67 ff.
3) E 25, 338 ff
4) E 25, 338 (340)
5) E 34, 291 ff

Entsprechungsklausel anzustellenden Vergleich kirchenrechtliche und theologische Gesichtspunkte ungeeignet sind[1]. Folgende Voraussetzungen werden verlangt: Zuweisung abgegrenzter Aufgaben, die wesentlich über die allen Angehörigen des Bekenntnisses obliegenden Pflichten hinausgehen, und zwar auf Dauer, d. h. nur durch andere und höhere Aufgaben ablösbar; Aufgaben geistlicher Natur, d. h. Führung und Betreuung der Religionsmitglieder durch religiöse Unterweisung, durch Vornahme religiöser Handlungen oder in ähnlicher Weise, wozu auch die Leitung und Überwachung der so verstandenen Seelsorge gehört; hauptamtliche Tätigkeit, also Widmung der vollen Arbeitskraft für die Aufgabe, die auch in der Verbreitung und Verfestigung der Glaubenslehre bestehen kann[2].

Dieses Urteil verdient in mehrfacher Hinsicht Kritik:
Obwohl das Gericht bekenntnisgebundene Gesichtspunkte als ungeeignet verwirft, stützt es seine Entscheidung zum Teil dennoch auf die Auffassungen der betroffenen Religionsgemeinschaft. So verwendet es bei der Prüfung der Frage, ob die Tätigkeit des Versammlungsdieners der der Geistlichen der großen Kirchen entspreche, eine Druckschrift der Zeugen Jehovas. Das gleiche gilt hinsichtlich der Voraussetzungen des Begriffs "Gemeinde". Konfessionelle Maßstäbe muß das Gericht ebenfalls dann anlegen, wenn es um die Frage der Ablösung durch andere und höhere Aufgaben geht; denn über die Bewertung der religiösen Aufgaben befindet die Religionsgemeinschaft.
Unbefriedigend ist die Gleichsetzung von Ordination, Subdiakonatsweihe und "hauptamtlicher Tätigkeit"[3]. Diese Gleichsetzung wird keineswegs vom Wortlaut der Befreiungsvorschrift gefordert. Auch die Geistlichen der großen Konfessionen sollen nur dann befreit sein, wenn sie ihre Kraft voll und unwiderruflich ihrem Lebensberuf gewidmet haben, was nach der Ordination und Subdiakonatsweihe der Fall

1) so schon OLG Bremen NJW 1963, 1933, das nur "bekenntnisfreie Maßstäbe" anerkannte
2) BVerwGE 34, 291 (298)
3) aaO S. 299

ist[1]. Die Ansicht des BVerwG führt dazu, daß von den Geistlichen anderer Bekenntnisse eine hauptamtliche Tätigkeit verlangt wird, von den Geistlichen der großen Bekenntnisse hingegen nicht - ein auch schon vorgebrachter Einwand, der u. a. Gegenstand der genannten Entscheidung des OLG Bremen war. Das bedeutet aber offenbar einen Verstoß gegen den Paritätsgrundsatz[2].

Ergebnis für Ziff. 1: Die in § 11 Abs. 1 Ziff. 1 - 3 WPflG verwendeten Begriffe zur Eingrenzung des Geistlichenbegriffs bereiten insofern Auslegungsschwierigkeiten, als kirchengebundene Begriffe bei einer Regelung, die für verschiedene Religionsgemeinschaften paritätisch gelten soll, nicht übernommen werden können. Es kann daher nur auf das äußere Erscheinungsbild der in § 11 bezeichneten Religionsdiener abgestellt werden. Trotz der unterschiedlichen Auffassungen vor allem in der neueren, nicht in allen Punkten überzeugenden Rechtsprechung besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß unter dem vom Gesetz gemeinten Geistlichen der Seelsorger zu verstehen ist, der die religiöse Betreuung einer Gemeinde nach einer dafür geeigneten Ausbildung auf Dauer versieht. - Damit soll keine Definition des "Geistlichen" gegeben sein, sondern die tatsächlichen Merkmale bezeichnet werden, an die der Gesetzgeber bei seiner Differenzierungsnorm anknüpft.

---

1) OLG Bremen NJW 1963, 1933. Diese unwiderrufliche Bindung führt zur Übernahme der hauptamtlichen Tätigkeit. Auf die wirkliche Übernahme stellt das Gesetz in § 11 Abs. 1 Ziff. 3 deswegen ab, weil bei den Geistlichen kleinerer Religionsgesellschaften objektive Kriterien für die unwiderrufliche Bindung gar nicht oder jedenfalls nur schwer zu finden sind, so daß auf die hauptamtliche Tätigkeit als Indiz für die Bindung zurückgegriffen wird. Bei den Geistlichen der großen Konfessionen setzt aus demselben Grund die Befreiung nicht erst mit der Übernahme der hauptamtlichen Tätigkeit ein (unrichtig Ludwig-Mitrowan S. 17). Anders war die Regelung nach § 65 RMG bis 1918 (s. o. S. 20). In der Schweiz war bis zum Jahre 1940 die Übertragung eines kirchlichen Amtes Voraussetzung für die Befreiung. Von da ab wurde wegen der endgültigen Verpflichtung des Konsekrierten und der kurz bevorstehenden Amtsübernahme nicht mehr auf die Verwaltung eines Amtes abgestellt (Koch S. 251). Das entspricht der heutigen Regelung in der BRD.

2) OLG Bremen NJW 1963, 1933

2. Die Interdependenz-Prüfung: Differenzierungskriterium - Differenzierungsgrund

Ungeeignet ist ein Differenzierungsgrund, der nicht in irgendeiner Weise eine vernünftige Verbindung mit dem Differenzierungskriterium und den damit in Zusammenhang stehenden tatsächlichen Eigenschaften und rechtlichen Verhältnissen herstellen kann. - Wegen der Weite dieser Bezugsaspekte war allenfalls eine Negativabgrenzung im Einzelfall für verläßlich befunden worden[1].
Für das Differenzierungskriterium "Seelsorger" kann wegen seiner im Vergleich zu den übrigen Wehrpflichten ungeschmälerten Tauglichkeit zum Wehrdienst[2] mit Sicherheit gesagt werden, daß jeder Differenzierungsgrund ausgeschlossen ist, der eine Untauglichkeit des Geistlichen annimmt oder darauf gedanklich aufbaut.

3. Die Interdependenz-Prüfung: Differenzierungsziel - Differenzierungsgrund

Die zulässigen Differenzierungsziele sind bereits zur Negativabgrenzung bei den Differenzierungszielverboten erwähnt worden[3] und sollen hier nicht wiederholt werden. Welchen Einfluß nehmen nun die Differenzierungsziele auf den Differenzierungsgrund?

a) Eine Eingrenzung der Differenzierungsgründe nach der Regel, daß sie in einem vernunftmöglichen Verhältnis zu den Differenzierungszielen stehen müssen[4], wird wegen der breiten Skala der Differenzierungsziele nicht mit der nötigen Sicherheit durchzuführen sein. Eine Disharmonie könnte allenfalls bei einem Differenzierungsgrund "mangelnde Tauglichkeit des Geistlichen" nachweisbar sein.

---

1) s. o. S. 79
2) s. o. S. 92 f
3) s. o. S. 97 f
4) s. o. S. 77 f

b) Es bleibt die Untersuchung übrig, ob besondere rechtliche Anforderungen an die Differenzierungsgründe wegen der entsprechenden rechtlichen Qualität der Differenzierungsziele zu stellen sind[1].

Die mit dem Geistlichenprivileg verfolgten Differenzierungsziele bestimmen die Ausgestaltung der Wehrpflicht und damit ein Gebiet, für das die Staatszielbestimmung "Sozialstaat" verfassungsrechtlich verankert ist.
Der Gesetzgeber kann die Konkretisierung einer sozialbestimmten Materie zunächst frei vornehmen. Es ist seine Aufgabe, bei kollidierenden Interessen Rang und Vorrang, Zeitpunkt und Weg ihrer Realisation zu bestimmen[2]. Bei den staatsbürgerlichen Pflichten gestaltet er dazu vor allem die pflichtenauslösenden Momente und Maßstäbe. Bei einer für nötig gehaltenen Differenzierung innerhalb der Pflichten wirkt die den Gesetzgeber bindende Staatszielbestimmung auf das Ziel der Differenzierungsnorm. Die Staatszielbestimmung gibt ihm gewissermaßen die Tönung[3], soweit sie für die konkrete Materie eine Aussage enthält. Dieses "getönte" Differenzierungsziel teilt die darin enthaltene besondere rechtliche Anforderung der Interdependenz zufolge dem Differenzierungsgrund mit.

IV. Das sozialstaatliche Rücksichtsprinzip bei staatsbürgerlichen Pflichten

Die weitere Prüfung läuft also auf die Frage hinaus, ob eine Ausformung des sozialstaatlichen Rücksichtsprinzips bei der Normierung staatsbürgerlicher Pflichten und damit für die Wehrpflicht gilt.

---

1) s. o. S. 80 f
2) Lerche AöR 90 (1965), 348
3) Reuss-Jantz S. 12

1. Die Ausformung im Steuerrecht

Der Ausformung (im Sinne einer "Spielregel") kann auch bei einer anderen staatsbürgerlichen Pflicht als der Wehrpflicht nachgegangen werden, weil die Pflichten allgemein in Beziehung zum Sozialstaatsprinzip stehen. Die Suche nach einer Ausformung des Rücksichtsprinzips ist daher auch auf dem Gebiet des Steuerrechts von Nutzen, wo wegen der im Gegensatz zum Wehrrecht umfangreichen wissenschaftlichen Durchdringung der Materie schon eher auf anerkannte Erkenntnisse zurückgegriffen werden kann.
Die Gleichbehandlung im Steuerrecht basiert auf der Anwendung grundsätzlich gleicher Maßstäbe auf alle Pflichtigen[1].

Besondere Lebenssachverhalte bedingen aber im Interesse der Gerechtigkeit entsprechend angepaßte Maßstäbe. Im Steuerrecht gibt es prinzipiell zwei verschiedene Grundformen der Gleichheit[2]. Die eine verlangt eine absolute Gleichbehandlung von jedermann ohne Rücksicht auf dessen soziale Lage. Das ist die arithmetische Gleichheit[3]. Die andere will die Gleichbehandlung aller dadurch bewirken, daß gewisse Unterschiede der sozialen Lage berücksichtigt werden. Sie soll distributive Gleichheit genannt sein[4].
In den Steuergesetzen, die eine Belastung des einzelnen vorsehen, kann sowohl die eine als auch die andere Konzeption verwirklicht sein. Der ersten entspricht das Prinzip der Allgemeinheit der Steuer: jedermann ohne Ausnahme ist gleich steuerpflichtig.
Das andere Prinzip stellt gerade auf die Unterschiede in der Leistungsfähigkeit ab und setzt die Pflicht des einzelnen nach seiner individuellen Fähigkeit fest.

---

1) BVerfGE 6, 55 (70); Böckenförde S. 71; Haußmann S. 15 ff; Küchenhoff JR 1959, 281
2) das Folgende nach Wackernagel S. 13 f
3) Böckenförde S. 69; "formale" Gleichheit, Herzog evStL Sp. 698
4) "materiale" Gleichheit, Herzog evStL Sp. 698

Es leuchtet ein, daß die vom Gesetzgeber bei der Festlegung der pflichtauslösenden Momente verwendeten Maßstäbe nicht nur technische Hilfsmittel sind. Wenn die beiden mit dem Gleichheitsprinzip harmonierenden Ausdrucksformen innerhalb einer speziellen Regelung wirken, charakterisieren sie die betreffende Rechtsmaterie. Der Grund dafür ist ihr Verhältnis zueinander, das der Gesetzgeber so und nicht anders geschaffen hat. Sie stehen also in einer durch das Gesetz geschaffenen Balance[1]. Eine Verschiebung dieser Balance durch eine Abweichung von einem der beiden voneinander abhängigen Prinzipien bedarf einer besonderen Begründung, weil dadurch in die innere Ausgewogenheit des Gesetzes eingegriffen wird. - In eben dieser Regel der Balance-Wahrung als Forderung an den Gesetzgeber ist eine Ausformung des sozialstaatlichen Rücksichtsprinzips zu sehen: Die Bindung des Gesetzgebers an die selbstgewählte Gesetzesstruktur reguliert das Verhältnis der Bürger zu ihrem Staat im Sinne "wechselseitigen Entgegenkommens"[2].

Die sozialstaatliche Rücksichtnahme verlangt also, daß bei einer oben skizzierten Abweichung von der Maßstabs-Balance die Verweisung auf einen einfachen sachlichen Grund nicht mehr genügt[3]. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung im Pflichtenbereich wird nämlich immer zu finden sein[4].

---

1) Wackernagel S. 14

2) Suhr DSt 9, 84. - Für die Wahrung der Maßstabs-Balance sei noch ein Beispiel aus einem anderen Rechtsgebiet angeführt: Bei den Entscheidungen des BVerfG über die Wahlrechtsgleichheit war eigentlich ausschlaggebend, daß auf diesem Gebiet ausschließlich die arithmetische Gleichheit verfassungsmäßig konstituiert ist. Das Gericht verlangte für eine Abweichung von dieser inneren Struktur daher zu Recht besondere Gründe, BVerfGE 4, 375 (382); vgl. auch BVerfGE 18, 172 (180).

3) so für den Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht: BAG NJW 1956, 806

4) Bellstedt S. 113; ähnlich ist es bei der Enteignung , Scholler S. 39

Die somit höheren Anforderungen an den Gesetzgeber kann man wohl nicht mit dem Gedanken der Selbstbindung begründen. Die Bindung ist der Effekt. Begründet sind die höheren Anforderungen im Sozialstaatsprinzip.

2. Die weiteren Theorien zur Einschränkung des gesetzgeberischen Ermessens bei Differenzierungsnormen

Im folgenden sollen die bisher in Rechtsprechung und Literatur dargestellten Variationen zum Problem "Einschränkung des gesetzgeberischen Ermessens"[1] bei Differenzierungsnormen teilweise zum weiteren Beleg, teilweise zur Abgrenzung behandelt werden.

a) Die oben dargestellte Regel der Balance-Wahrung steht in enger Verwandtschaft zur Regel der S y s t e m t r e u e .

Das BVerfG hält eine Differenzierungsnorm, die in einer speziellen Rechtsmaterie wie z. B. dem Sozialversicherungsrecht erscheint, für verfassungswidrig, wenn sie von ihrem eigenen System her nicht sinnvoll ist[2]. Dazu ermittelt das Gericht zunächst den objektiven Zweck der Gesamtregelung und untersucht dann, ob die in diese Gesamtregelung eingebaute Einzelregelung die vom Gesetz selbst statuierte Sachgesetzlichkeit in willkürlicher Weise durchbricht[3]. Im Fall einer Systemdurchbrechung verlangt es überzeugende Gründe zur Rechtfertigung der Verschiedenbehandlung; es genügt also nicht mehr ein überhaupt in Betracht kommender sachlicher Grund[4]. Das gilt ganz besonders, wenn die Differenzierung

---

1) die Terminologie folgt dem bislang üblichen Wortgebrauch. Gemeint ist die gesetzgeberische Freiheit. Zur Bedeutung dieser Unterscheidung Lerche AöR 90 (1965), 344 f; Forsthoff, Maßnahme-Gesetze S. 95 f; Scheuner DÖV 1961, 202
2) BVerfGE 11, 283 (293)
3) BVerfGE 9, 20 (28)
4) BVerfGE 13, 331 (340); 15, 313 (318); 18, 315 (334)

die selbst statuierte Sachgesetzlichkeit gerade an einer Stelle durchbricht, die deren eigentliche rechtliche Bedeutung ausmacht[1].

Schon früher hatte das BVerfG geprüft, ob eine Einzelregelung mit der vom Gesetzgeber selbst gewählten G e s a m t k o n z e p t i o n in Einklang stand[2].

Wenn das BVerfG nach den Erörterungen über die Systemgerechtigkeit auf die Willkürprüfung zurückkommt, wird die bisher geübte Prüfung durch das Erfordernis überzeugender, besonderer Gründe modifiziert[3].

In dieser Rechtsprechung ist eine bemerkenswerte Wandlung der Gleichheitskontrolle zu sehen. Fuss[4] hebt zu Recht hervor, daß das BVerfG eine Umkehr der Argumentationslast zur Basis seiner rechtlichen Überlegungen macht[5]. Es wird richtig erkannt, daß diese Umkehr der Argumentationslast ihren Grund im Sozialstaatspostulat hat[6].

b) Die Ermessenseinschränkung des Gesetzgebers bei Differenzierungsnormen durch seine eigene Gestaltung bezeichnet Arndt als Eingriffsverbot, d. h. als Mangel staatlicher "Zuständigkeit". Am Anfang ihres Entschlusses zu einer Regelung sei die gesetzgebende Staatsinstanz in ihrer Zuständig-

---

1) BVerfGE 13, 331 (340)
2) E 7, 305 (318)
3) unrichtig daher Seißer S. 57, der eine festgestellte Systemabweichung nur als Anlaß für eine genaue Prüfung der Voraussetzungen eines vertretbaren Grundes ansieht; nach Rüpke (S. 138) dient der Begriff "Systemgerechtigkeit" den Überlegungen darüber, welche Anforderungen an eine vernünftige Regelung zu stellen sind.
4) JZ 1962, 742
5) Das befürwortet auch Arndt, Leibholz-Festschrift S.183; weiter geht Podlech, Gleichheitssatz S. 87 ff, der grds. nicht nur einen sachlichen, sondern plausiblen Grund verlangt. Damit ist eine Abkehr von der bisherigen Gleichheitsprüfung gefordert, die Podlech nicht näher begründet; vgl. auch Leibholz, Gleichheit S. 77 f
6) Fuss JZ 1962, 743; vgl. BVerfGE 13, 331 (346)

keit frei bis zu der äußersten Grenze hin, daß sich dafür irgendein einsehbarer Grund finde. Wenn aber die Gesetzgebung erst eine Regel gesetzt habe, wirke sich der Gleichheitssatz weit strenger aus und mindere die gesetzgeberische Zuständigkeit, von dieser Regel Ausnahmen zu machen. Soll das Gesetz dann von einer durch es selbst gesetzten oder anerkannten Sachgesetzlichkeit abweichen, so müsse dafür ein "überzeugender" Grund nachgewiesen werden, d. h. der Grund müsse so gewichtig und allgemein verständlich sein, daß in der Sonderregelung keine Widersprüchlichkeit liege[1].
Mit der von Arndt erwähnten Sachgesetzlichkeit ist nicht nur die oben beschriebene Systemgerechtigkeit gemeint[2]. Nach Ansicht Arndts liegt die Sachgesetzlichkeit vielmehr in dem im Gesetz zum Ausdruck gekommenen objektiv feststellbaren Motiv des Gesetzgebers[3].

c) Nach Rinck[4] ist der Gesetzgeber an gewisse "sachlogische Strukturen" im Gegenstand seiner Regelungen gebunden, die zwar erst unter einem bestimmten Wertaspekt hervortreten, die er aber dann, wenn er sich für einen Wertaspekt entschieden habe, nur unter Verletzung des Gleichheitssatzes ignorieren könne. Die vielzitierte "Natur der Sache" sei lediglich ein Kriterium dafür, ob die vom Gesetzgeber zugrundegelegten Wertgesichtspunkte bei der Ordnung eines Lebensbereichs in der Einzelausgestaltung der Regelung auch durchgehalten worden seien, ob also die Identität des beherrschenden Wertaspekts in Einzelnorm und umgreifendem Gesetz gewahrt sei.

d) Rüpke[5] sieht eine Ermessenseinschränkung des Gesetzgebers: in den speziellen Verfassungsnormen, in den Sachstrukturen, in den Eigenarten der Lebensverhältnisse, in den bewährten Anschauungen der Gesellschaft (standards), in den bei der Handhabung des Rechts entwickelten Prinzipien, bei Systemwidrigkeit.

---

1) Arndt, Leibholz-Festschrift S. 184
2) a. A. Seißer S. 56 FN. 10
3) aaO S. 184
4) JZ 1963, 523
5) S. 55, 106 ff

Beurteilung: Eine Reihe dieser Grundsätze ist nur mit erheblichen Einschränkungen oder aber gar nicht zum Nachweis einer konkreten Bindung des Gesetzgebers verwendbar.
So sind die bewährten Anschauungen der Gesellschaft (standards) kein zuverlässiges Kriterium, weil heutzutage eine verläßliche Fixierung offenbar nicht mehr möglich ist. - Das gleiche gilt für die wertbedingte sachlogische Struktur: häufig wird nicht feststellbar sein, welche Wertung des Gesetzgebers als beherrschender Wertaspekt zu bezeichnen ist. - Die Sachstruktur und die Eigenheiten der Lebensverhältnisse argumentieren aus der "Natur der Sache"; das ist nicht erfolgversprechend. - Die bei der Handhabung des Rechts entwickelten Prinzipien können wohl die Exekutive, nicht aber die Legislative binden. - Eine Ermessenseinschränkung durch spezielle Verfassungsnormen wurde bereits als Differenzierungsverbot gekennzeichnet.
Es bleibt daher die Regel von der Systemtreue. Die Ansicht Arndts deckt sich zum Teil mit der des BVerfG. Es ist allerdings nicht sehr zu empfehlen, auf das "Motiv" des Gesetzgebers abzustellen. Das könnte erstens auf den Versuch hinauslaufen, die "Gesinnung" des Gesetzgebers aufzuspüren[1]. Zweitens ist darauf hinzuweisen, daß das Motiv des Gesetzgebers bei Erlaß der Norm nach herrschender Lehre keine weitergehende Bedeutung hat - habent sua fata leges.
Die Regel der Systemtreue hat allerdings den Nachteil, daß häufig nicht eindeutig ist, ob in einer Regelung ein System oder mehrere System oder Haupt- und Nebensysteme existieren[2]. Darüber hinaus wird der Gesetzgeber nicht verpflichtet sein, ein zugrundeliegendes Elementarsystem nicht weiter aufzugliedern; gerade bei umfangreichen Gesetzen ist daher ein Verstoß gegen "das" System u. U. gar nicht denkbar, jedenfalls aber schwer feststellbar[3]. Auch die vom BVerfG gewählte Prüfung der Gesamtkonzeption begegnet der Schwierigkeit, daß eine Gesamtkonzeption entweder überhaupt nicht ersichtlich oder nicht eindeutig erkennbar ist.

1) dazu kritisch Zeidler JZ 1960, 394
2) vgl. Lange, Die Verwaltung 1971, 268, 270
3) Lerche AöR 90 (1965), 362; Seißer S. 56 f; Gassner S. 7

Dennoch kann diese Regel im geeigneten Fall eine verläßliche Prüfung ermöglichen. Wenn im Ergebnis eine Umkehr der Argumentationslast eintritt, ist auch der Boden der bisher anerkannten Gleichheitsprüfung grundsätzlich noch nicht verlassen. Das gleiche gilt für die Umkehr der Argumentationslast auf Grund der Regel der Balance-Wahrung.

V. Das Rücksichtsprinzip im Wehrpflichtrecht

Der folgende Abschnitt dient dem Nachweis, daß auch im Wehrpflichtrecht die Maßstäbe der arithmetischen und distributiven Gleichheit in Abhängigkeit voneinander bestehen und der geltenden Wehrpflicht den rechtlichen Charakter geben.

1. Die allgemeine Wehrpflicht als Konkretisierung arithmetischer Gleichheit

In Art. 12 a Abs. 1 GG i. V. m. §§ 1, 3 Abs. 3 WPflG wird die allgemeine Wehrpflicht für Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr bis zur Vollendung des 45. bzw. 60. Lebensjahrs begründet. Diese Normen, besonders § 1 WPflG, stellen für sich genommen eine Konkretisierung des Gleichheitssatzes dar. Die nicht umfaßten Altersstufen und Frauen werden vom Gesetz als ungeeignete Adressaten angesehen, die eine Wehrpflicht objektiv unmöglich erfüllen können. Das männliche Geschlecht bestimmten Alters ist dabei als Annäherungswert[1] für den allein für die Wehrpflicht in Betracht kommenden Personenkreis benutzt worden. Diese Fiktion ändert aber nichts daran, daß die allgemeine Pflicht zur Wehr in der Ausdrucksform der arithmetischen Gleichheit normiert ist. Die Wehrpflicht obliegt jedem Deutschen ohne Beachtung seiner individuellen Verhältnisse. Das Wehrpflichtgesetz enthält damit den Maßstab der arithmetischen Gleichheit.

1) Gernhuber S. 48

2. Der Begriff der Tauglichkeit als Funktion distributiver Gleichheit

Das Wehrpflichtgesetz beabsichtigt aber nicht, die allgemeine Wehrpflicht radikal in arithmetischer Weise zu verwirklichen, indem es allgemeinen Wehrdienst verlangt, was an sich folgerichtig wäre[1]. Vielmehr hängt die Verpflichtung zum Dienst vom Vorliegen der "Tauglichkeit" ab[2].

Der Begriff "Tauglichkeit" zielt nicht nur auf tatsächliche Verhältnisse des Wehrpflichtigen. Die Richtlinien für die Tauglichkeitsentscheidung, die nach § 8 a WPflG vom Bundesminister für Verteidigung erlassen werden[3] und daher wandelbar sind[4], geben vielmehr die Beurteilungsgrundlage ab. Es ist durchaus möglich, daß tatsächliche Mängel der Wehrpflichtigen in neuen Richtlinien anders bewertet werden[5]. Die Tauglichkeitsbestimmungen sind somit ein Mittel, bestimmte Aussonderungen unter den Wehrpflichtigen zu bewirken. Bei festliegender Präsenzstärke der Truppe kann man sich bei einem erhöhten Rekrutenanfall mit verschärften Tauglichkeitsbestimmungen helfen[6]. Die wirkliche Tauglichkeit für eine Verteidigungsleistung kann zwar aus den Richtlinien hervorgehen, muß es aber nicht[7]. Selbst wenn man

---

1) Binz NZWehrr 1960, 159; vgl. BVerwG DVBl 1965, 75 (77)
2) § 8 a WPflG; auf eine Abgrenzung zum umfassenderen Begriff der "Verfügbarkeit" kommt es hier nicht an, vgl. Reinhart BWV 1966, 51; Zwingenberger RiA 1965, 1 f
3) es handelt sich um die ZDv 46/1
4) vgl. Hahnenfeld § 8 a Rdn 1; zu den Sachzwängen der Personallage, die sich bei Geltung der allgemeinen Wehrpflicht ergeben: Pergent, Wehrkunde 1965, 456
5) vgl. den Bericht der Wehrstruktur-Kommission S. 36, 45 f
6) Binz, Wehrverneinung S. 85
7) vgl. Henze S. 27 f

den Begriff der Tauglichkeit als "Tauglichkeit für den Grundwehrdienst" einzugrenzen sucht[1], ist nicht viel an Exaktheit gewonnen, weil es "den" Grundwehrdienst nicht gibt, wie die Praxis zeigt. Die Richtlinien können also bewirken, daß ein Wehrpflichtiger nicht wehrdienstpflichtig, also nicht einberufen wird. Die Einberufung begründet erst die eigentliche subjektive Verpflichtung zum Dienst[2]. Daher ist das in § 8 a WPflG wirkende Tauglichkeitsprinzip Rechtsmaßstab.
Das BVerwG[3] hat allerdings den "unbestimmten Gesetzesbegriff"[4] "Tauglichkeit für den Grundwehrdienst" nicht mehr - wie noch die Entscheidungen BVerwG DVBl 1964, 925 und BVerwGE 18, 298 ff - mit den Tauglichkeitsrichtlinien des Bundesverteidigungsministers ausfüllen wollen. Es stellt zu Recht fest, daß die in § 8 a Abs. 1 Satz 2 WPflG fixierte Ermächtigung zum Erlaß von Richtlinien den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG an die Qualität einer Ermächtigung nicht genügt. Nach Ansicht des BVerwG wirken die Richtlinien daher nur im Innenverhältnis der über- und untergeordneten Wehrbehörden.
Der rechtliche Effekt dieser Feststellung ist hinsichtlich der Frage, inwiefern der Begriff "tauglich" Rechtsmaßstab ist, nicht anders als bei der bisherigen Ansicht; denn das BVerwG sieht im Begriff "tauglich" nach wie vor ein militärisches, also fachgebundenes Urteil, ob der Wehrpflichtige für die Wehrdienstleistung geeignet ist oder nicht[5].
Es bleibt also dabei, daß die Beurteilung der körperlichen und geistigen Tauglichkeit der Wehrpflichtigen auf einem Rechtsmaßstab beruht.
Im Tauglichkeitsprinzip kommt die distributive Gleichheit zum Ausdruck, weil es auf die individuelle Leistungsfähigkeit abstellt. Dabei kann unerörtert bleiben, ob das im Interesse des Staates oder im Interesse des Wehrpflichtigen geschieht. Das Wehrpflichtgesetz enthält jedenfalls auch den Maßstab der distributiven, materiellen Gleichheit.

---

1) dahin tendiert BVerwGE 31, 149 (155); dagegen wendet sich der Bericht der Wehrstruktur-Kommission S. 45
2) Martens S. 124
3) E 31, 149 (153)
4) Reinhart BWV 1966, 233: "unbestimmter Rechtsbegriff"
5) so auch Reinhart BWV 1966, S. 53, 231

3. Wehrpflichtausnahme und Wehrdienstausnahme

Die Balance im Wehrpflichtrecht liegt in dem Verhältnis zwischen den Maßstäben der arithmetischen und distributiven Gleichheit, der allgemeinen Pflicht zur Wehr und der Realisierung dieser Pflicht für bestimmte Taugliche. Dieses Verhältnis ist nicht etwa zufällig oder zwangsläufig. Es wäre dem Gesetzgeber durchaus möglich gewesen, eine Wehrpflicht nur für bestimmte taugliche Männer, also eine Wehrdienstpflicht, zu normieren. Diesen Weg ist das oben behandelte baden-württembergische Feuerwehrgesetz von 1956 gegangen, indem es eine Feuerwehr d i e n s t pflicht, und nur diese, für alle dienstfähigen Männer normierte[1]. Demzufolge hätte der Gesetzgeber die Geistlichen von der W e h r p f l i c h t ausnehmen können[2], anstatt die Befreiung als Wehr d i e n s t-ausnahme zu normieren[3].
Im Wehrpflichtrecht war sich der Gesetzgeber aber bewußt, daß die öffentliche Meinung entscheidenden Wert auf die Gleichheit der Lasten für alle Staatsbürger legen würde[4]. Noch wichtiger mußte dem Staat die innere Einstellung des Wehrpflichtigen sein, dem als Soldat nach § 8 SoldatenG die Rechtspflicht obliegt, die freiheitliche demokratische Grundordnung anzuerkennen[5]. Wesenselement der demokratischen Ordnung ist die gleiche Verteilung der Lasten. Daher blieb man bei der historisch im Lande verwurzelten allgemeinen Wehrpflicht.

---

1) Zu Recht hat das BVerfG die umstrittene Feuerwehrabgabe nicht als "Ersatzgeld" gelten lassen, weil die Kläger nicht feuerwehrpflichtig waren.
2) Dafür gibt es ein historisches Vorbild: nach § 2 der bayerischen Landwehr-Ordnung vom 7.3.1826 (abgedr. bei Frauenholz, Entwicklungsgeschichte, Bd. 5 S. 365 ff) war der geistliche Stand von der Landwehrpflicht selbst ausgenommen, während es z. B. für Ärzte und Advokaten nur eine Dienstbefreiung gegen Geldzahlung gab.
3) § 11 WPflG enthält keine Wehr p f l i c h t befreiung, wie Zwingenberger, DÖV 1963, 894 annimmt.
4) Pergent, Wehrkunde 1965,457
5) vgl. Binz, Wehrkunde 1963, 580

4. Die Auswahlwehrpflicht

Voraussetzung für die Beachtlichkeit der in einer Rechtsmaterie auftretenden Maßstäbe war, daß sie die Materie durchweg gestalten[1]. Das trifft beim Wehrpflichtgesetz zu. Die erwähnten Maßstäbe charakterisieren die A r t der Wehrpflicht: Sie führen dazu, daß in der BRD das System der Auswahlwehrpflicht besteht[2].

Dieses Ziel war von vornherein angestrebt. Die Bundeswehr sollte höchstens eine Stärke von 500 000 Mann haben, die auf Grund von Freiwilligenwerbungen nicht erreicht werden konnte. Die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht geschah im Bewußtsein dieser Situation[3]. Es bestand aber auch kein Zweifel, daß die allgemeine Wehrpflicht bei vollständiger Heranziehung aller Wehrpflichtigen zum Wehrdienst auch nur jahrgangsweise ein Potential ergeben würde, das bei einer im Interesse der Qualität der Ausbildung nicht zu kurzen Dienstzeit nicht ausgeschöpft werden konnte[4].

Damit soll nichts darüber gesagt werden, ob die Auswahlwehrpflicht für sich gesehen gegen den Gleichheitssatz verstößt[5]. Dieses Problem begründete jedenfalls die Forderung nach einer Bundesverteidigungspflicht, wovon die Wehrpflicht - sc. die Auswahlwehrpflicht - nur ein Ausschnitt sein sollte[6].

---

1) s. o. S. 114

2) BMVert Strauß, Verhandl. des BT, 2. WP, 176. Sitzg. v. 5.12.1956, Sten. Ber. S. 9757 f; Adorno-Bericht S. 3; Weißbuch 1969, S. 51; Rudolph, Truppenpraxis 1970, 904; Hundius BWV 1963, 161; aus schweizerischer Sicht: Zimmermann ASMZ 1966, 383; BVerwG NJW 1971, 1579 f

3) das kritisiert Baumann, Wehrkunde 1960, 355

4) BMVert Strauß, Verhandl. des BT, 4. WP, 11. Sitzg. v. 19.1.1962, Sten. Ber. S. 266 f; zum Problem der Überzähligen: Pergent, Wehrkunde 1965, S. 454 f, 457; Binz, Wehrkunde 1963, 581; Rudolph, Truppenpraxis 1970, 905

5) so Abg. Erler, Verhandl. des BT, 2. WP, 176. Sitzg. v. 5.12.1956, Sten. Ber. S. 9751; BVerwG NJW 1959, 736 ff hielt die Einberufung nur eines Teils der als tauglich Gemusterten für zulässig

6) BMVert Strauß, Verhandl. des BT, 2. WP, 176. Sitzg. v. 5.12.1956, Sten. Ber. S. 9757,9759; ähnlich Binz NZWehrr 1960, 161

Die Auswahlwehrpflicht hat auch im Tatsächlichen typische Folgen. Sie kann u. a. dem freiwilligen Diensteintritt förderlich sein: Der Wehrpflichtige, den die Ungewißheit der wirklichen Dienstverpflichtung und deren Beginn in seiner beruflichen Planung hindert, wird sich häufig freiwillig melden, um so den Zeitpunkt seiner Einberufung zu beeinflussen[1]. Umgekehrt wird die Ungewißheit der Einberufung u. U. eine Wehrunwilligkeit bewirken.
Das Vorangegangene dürfte zum Nachweis genügen, daß das Verhältnis zwischen arithmetischem und distributivem Maßstab im Wehrpflichtgesetz keine nebensächliche oder begleitende Randerscheinung ist. Es bestimmt vielmehr die heutige Wehrpflicht in ihren charakteristischen Zügen.

VI. Die Relation der Geistlichenbefreiung zur Maßstabs-Balance

Obwohl die Geistlichen der allgemeinen Wehrpflicht unterliegen,so daß für sie zunächst der Maßstab absolut gleicher Pflicht gilt, fehlt die Bindung an den Tauglichkeitsmaßstab. Denn es besteht kein Zweifel, daß die Geistlichen nicht weniger tauglich sind als die übrigen Wehrpflichtigen. Das gilt in vollem Umfang für die körperliche, aber auch für die psychische Tauglichkeit zum Wehrdienst[2]. Es ist auch nicht ersichtlich, daß das Geistlichenprivileg etwa eine negative psychische Tauglichkeit berücksichtigen will. Diese Fälle werden im geltenden Recht ausschließlich von Art.4 Abs.3 GG erfaßt.

---

1) vgl. Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S.217 f
2) s. o. S. 91 ff

Die Geistlichenbefreiung ist auch die einzige Wehrdienstausnahme im Wehrpflichtgesetz, die den Tauglichkeitsmaßstab nicht berücksichtigt: § 9 a WPflG enthält den Maßstab ausdrücklich, § 10 regelt den Fall der charakterlichen Untauglichkeit, §§ 12 und 13 sind keine echten, dauernden Wehrdienstausnahmen, und die §§ 13 a, 13 b, 42 a WPflG enthalten eine andere Form des Verteidigungsdienstes.
Die Sonderregelung in § 11 WPflG verlangt wegen der Abweichung von der tragenden inneren Balance der Gleichheitsausdrucksformen eine besondere Begründung[1]. Ein überhaupt in Betracht kommender "sachlicher Grund" genügt nicht mehr. Die Begründung muß das Geistlichenprivileg daher positiv im Sinne der Argumentationslastumkehr rechtfertigen.
Diese besondere Begründung kann der Gesetzgeber nicht schon dezisionistisch vorweggenommen haben. Er ist zwar berufen, mit seinen Gesetzen Entscheidungen und gerade Wertentscheidungen zu treffen. Die spezielle Struktur eines Gesetzes aber hat er zu beachten. Der Nachweis, der selbst geschaffenen Balance treu geblieben zu sein oder jedenfalls für eine Abweichung besondere Gründe zu haben, kann daher nicht schon in der Entscheidung für das fragliche Gesetz liegen[2].

Ergebnis: Die geltende Wehrpflicht wird charakterisiert durch eine Balance der Maßstäbe der arithmetischen und distributiven Gleichheit, die sie als Auswahlwehrpflicht kennzeichnet. Eine Abweichung von diesem inneren System ist zulässig, bedarf aber zur Rechtfertigung besonderer Gründe. Im Geistlichenprivileg ist eine derartige Abweichung zu sehen.

---

1) s. o. S. 114
2) Podlech, Gleichheitssatz S. 84

VII. Differenzierungsgrund und Wertungskonsens

Im folgenden soll untersucht werden, ob es solche qualifizierten Gründe gibt. Da es sich bei diesem Punkt trotz der durch die Argumentationslastumkehr bewirkten Reduktion auf überzeugende, besondere Gründe immerhin noch um eine Beurteilung und eine Bewertung der Fakten handelt, wird kein exakter, beweisbarer Ausschluß ungeeigneter Gründe zu erwarten sein. Die einzelnen Begründungen werden andererseits durch die Projektion auf obige Fragestellung so weit klassifiziert, daß annäherungsweise eine Aussage über den notwendigen Wertungskonsens möglich ist.

1. Das "Übermaßprivileg"

Mit der Umkehr der Argumentationslast, wodurch gerade die Abweichung vom selbstgesetzten Ordnungsprinzip gerechtfertigt werden soll, büßt der Gesetzgeber bereits einen Teil der ihm sonst zustehenden Freiheit[1] bei der Gesetzgebung ein. Die Forderung, die Abweichung zu rechtfertigen, bedeutet nicht, die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der Differenzierung darzulegen. Sie steht allerdings in Nachbarschaft zum Übermaßverbot, das bei staatlichen Eingriffen bzw. einem "Eindringen in einen geschützten Rechtsbezirk"[2] zum Tragen kommt und auch den Gesetzgeber bindet[3]. - Die Abgrenzung zwischen unzulässiger Differenzierung und Übermaßverbot ist bereits vorgenommen worden[4]. Hier bei der konkreten Prüfung bleibt noch zu erwähnen, daß überhaupt kein "Eingriff" im

1) vgl. Geiger S. 174 f
2) Lerche, Übermaß S. 22
3) BVerfGE 3, 383 (393); 17, 306 (314); Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn 118; Lerche, Übermaß S. 250 ff; a. A. Scheuner, Entwicklung S. 496, 505
4) s. o. S. 65

Sinne des Übermaßverbotes gegeben wäre. Die Befreiungen tangieren offenbar die Wehrwilligkeit der Wehrpflichtigen. Die innere Wehrbereitschaft ist aber kein "geschützter Rechtsbezirk" des Wehrpflichtigen. Im Wehrdienstprivileg Dritter liegt daher nur eine schlichte Ungleichbehandlung der Wehrdienstpflichtigen[1]. Auch in der Argumentation sind beide Rechtsinstitute getrennt zu halten. Würde man den Gesetzgeber bei einer Differenzierung, die dem selbstgesetzten Gesetzessystem zuwiderläuft, den Regeln des Übermaßverbotes unterwerfen, könnte das auf eine Zweckmäßigkeitsprüfung hinauslaufen. Diese ist im Rahmen der Gleichheitsprüfung nicht zulässig, weil der Richter damit den Bereich der Normenkontrolle verließe[2]. Es ist daher mißverständlich, von "Übermaßprivilegien" zu sprechen[3]; denn jedes Privileg beinhaltet eine zulässige oder unzulässige Ungleichbehandlung, so daß der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz angesprochen ist.

Eine erweiterte Kontrolle des Gesetzgebers ebenfalls mit Blick auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit fordert Forsthoff bei Maßnahmegesetzen: es müßten nämlich das Ziel des Gesetzes und die dafür gewählten gesetzlichen Mittel in einer angemessenen Relation stehen[4]. Dieser Theorie ist u. a. der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof gefolgt[5]. Bei § 11 WPflG handelt es sich aber nicht um ein derartiges Gesetz. Ein Maßnahmegesetz ist in der Weise zu kennzeichnen, daß es von dem bestimmten, ausschließlich angestrebten Ziel der "Maßnahme" mit logischer Zwangsläufigkeit zu dem Mittel der Verwirklichung gelangt[6]. Ein bestimmtes Maßnahme-Ziel ist bei § 11 WPflG aber nicht erkennbar.

---

1) vgl. Scheuner, Entwicklung S. 502
2) Scheuner, Entwicklung S. 496, 503
3) so Hollerbach VDStRL 26, 90
4) Maßnahme-Gesetze S. 90, 97 f
5) DÖV 1969, 564 f
6) Forsthoff, Maßnahme-Gesetze S. 85

2. Die Wertungsfaktoren

a) Die qualifizierte Begründung nach dem Prinzip der Notwendigkeit

Man wird hingegen bejahen, daß die Überzeugungskraft einer Begründung dahinschwindet, wenn noch andere Wege als der mit der Differenzierung gewählte zur Verfügung stehen, die geringere Kollisionen nach sich ziehen. In solchen Fällen würde nämlich das Prinzip der Notwendigkeit als elementare Voraussetzung und Rechtfertigung für staatliches Handeln verletzt[1]. Schon für Humboldt war das Prinzip der Notwendigkeit das einzige untrügliche Mittel, den Gesetzen Macht, Ansehen und Überzeugungskraft zu verschaffen[2]. Für den sozialen Rechtsstaat ist das eine Selbstverständlichkeit, weil er die "Achtung für die innere Würde des Menschen und die Freiheit"[3] zum tragenden Grundsatz gemacht hat[4].
Das Prinzip der Notwendigkeit nimmt anscheinend Böckenförde zu Hilfe, wenn er die angemessene Differenzierung aus dem Gesetzeszweck und der Geeignetheit der Mittel bestimmen will[5]. Dabei besteht aber die Gefahr einer Zweckmäßigkeitsprüfung. Richtiger erscheint es, das Notwendigkeitsprinzip ausschließlich zur Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob die Begründung für die Differenzierung überzeugend ist oder nicht, ob also mit einem Wertungskonsens gerechnet werden darf[6].

1) Hieronymi S. 108
2) S. 214 f
3) Humboldt S. 216
4) Scheuner, Entwicklung S. 491
5) S. 73
6) In Übereinstimmung mit dem eben Gesagten verneint H.Bogs die Notwendigkeit einer von ihm geprüften UK-Stellung der Geistlichen und damit ihre Berechtigung, weil dem Mangel an Geistlichen auch auf andere Weise abzuhelfen sei, DSt 9, 56 f.

b) Die qualifizierte Begründung nach der Interessenkongruenz

Umgekehrt wird die Begründung einer Differenzierung um so überzeugender sein, je eher sie den Interessen der Beteiligten entgegenkommt; denn im Begriff des öffentlichen Wohls liegt schließlich nichts anderes als eine Interessenabstimmung[1].

c) Die Funktion der Wertungsfaktoren

Die beiden genannten Faktoren für die Überzeugungskraft einer Begründung können nur als Annäherungsstufen für den anzustrebenden Wertungskonsens kraft überzeugender Gründe dienen. Historische Rechtsvorstellungen und Wertsetzungen, die sonst bei der Auslegung einer Verfassungsnorm ihren - wenn auch untergeordneten - Platz beanspruchen, sind auf ihre heutige Bestandskraft zu prüfen.

VIII. Die Gründe für das Geistlichenprivileg

Die für das Geistlichenprivileg angeführten Gründe nehmen eine breite Skala ein. Sie sind zum Teil schon bei den Differenzierungszielen angeklungen. Wenn sie im folgenden aufgezählt werden, ist eine eingehende Erörterung der rechtlichen Ausstrahlungen nicht erforderlich, weil es nicht allein darauf ankommt, ob die Gründe für die Befreiung rechtlich zulässig sind, sondern ob das Geistlichenprivileg überzeugende Gründe für sich hat. Es sollen aber rechtliche Bedenken, die gegen den jeweiligen Grund sprechen, erwähnt werden.

---

1) Humboldt S. 98

1. Häufig wird als Begründung für das Privileg eine Inkompatibilität[1] zwischen geistlichem Amt und Wehrdienst genannt[2].- Abgesehen davon, daß bei einer Wehrdienstpflicht der Geistlichen der Wehrdienst und das geistliche Amt nicht gleichzeitig wahrgenommen würden, liegt eine vom Staat anzuerkennende Unvereinbarkeit der Ämter nur dann vor, wenn staatliches Recht die Inkompatibilität begründet. Mit dem geistlichen Stand bzw. Amt ist der Wehrdienst ausschließlich nach den Vorschriften des kanonischen Rechts unvereinbar. Nach staatlichem Recht hingegen steht dem Wehrdienst des Geistlichen, soweit im Wehrdienst eine staatliche Amtswaltung gesehen werden kann[3], die kirchliche Amtsstellung nicht entgegen. Wenn der Staat die im c. 121 CIC zum Ausdruck gekommene kirchliche Auffassung vertraglich respektiert, wie es durch Art. 6 RK geschehen ist, wird c. 121 CIC nicht Bestandteil staatlichen Rechts, das eine Inkompatibilität begründen könnte.

2. Eine weitere Begründung stellt auf das Amt des Geistlichen ab.

a) Gemeint ist erstens das Amt der religiösen Betreuung der Gemeinden, und zwar aus staatlicher Sicht[4]. - Dazu ist anzumerken, daß der Staat grundsätzlich wegen seiner weltanschaulichen Neutralität kein Interesse an der religiösen Betreuung oder gar der Religiösität eines Teils der Staatsbürger haben darf.
Die Befreiung als Sonderform einer gesetzlichen Unabkömmlichstellung zu klassifizieren[5], begegnet rechtlichen Bedenken. Das öffentliche Interesse an geistlicher Tätigkeit soll hier einmal bejaht werden[6]. Die UK-Stellung ist zwar für ganze

1) im untechnischen Sinn; ursprünglich als Verbot kirchlicher Ämterkumulation im kanonischen Recht geheimatet, versteht man heute darunter eine staatsrechtliche Unvereinbarkeit der gleichzeitigen Ausübung zweier öffentlicher Funktionen durch eine Person, Sturm S. 1 f
2) J. Heckel S. 144
3) die Frage ist umstritten, vgl. dazu Risken S. 52 ff
4) Abg. Bausch, Verhandl. des BT, 2. WP, Sitzg. v.4.7.1956, Sten.Ber. S. 8603
5) so H. Bogs DSt 9, 55 f
6) Dagegen spricht, daß sie nicht in der "Unabkömmlichkeits-Verordnung" vom 31. 1. 1964 aufgeführt ist (abgedr. bei Hahnenfeld § 15 Rdn 5)

Gruppen und nicht nur für einzelne Fälle möglich[1]. Sie ist aber ihrer Natur nach nicht dauernd und kann ohne weiteres aufgehoben werden, sobald das öffentliche Interesse nicht mehr besteht. Auf die dauernde Befreiung der Geistlichen paßt sie daher nicht. - Im übrigen wäre es dann problematisch, ob eine UK-Stellung der Geistlichen wiederum mit Art. 3 GG vereinbar ist. Das verneint H. Bogs im Vergleich der Geistlichen mit Ärzten und Lehrern[2].

b) Zweitens ist das Amt, wie die Kirchen es sehen, angesprochen. Nach evangelischer Auffassung ist das auf göttlicher Stiftung beruhende Predigtamt, das dem ordinierten Geistlichen als Diener am Wort obliegt, für ihn unverzichtbar[3]. Dieses Amt ist ein Amt der Versöhnung und steht mit seiner dauernden Verpflichtung für den Geistlichen im Widerspruch zum Waffenhandwerk[4].
Die Kritik dieser Begründung würde wohl auf eine in diesem Bereich notwendige Trennung von Staat und Kirche nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV hinweisen; weiter auf die Tatsache, daß nach Art. 136 Abs. 1 WRV die Ausübung der Religionsfreiheit auf die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten keinen Einfluß hat. Nun hat allerdings das BVerfG einerseits den Verfassungsrang der kirchenrechtlichen Artikel der WRV, die über Art. 140 GG in das Grundgesetz aufgenommen sind, bestätigt, sie andererseits aber den Art. 4 und Art. 2 GG als einem höheren Ausdruck der Wertordnung der Verfassung ein- und untergeordnet[5]. Gegen diese Rechtsprechung sind aber bereits Bedenken angemeldet worden[6]. - An dieser Stelle zeigt sich, daß die Daseinsberechtigung des Geistlichenprivilegs nicht aus dem heute gültigen Verhältnis zwischen Kirche und Staat abschließend abgeleitet werden kann. Das liegt daran, daß dieses Verhältnis noch weitgehend ungeklärt ist und auch bei weiterer

1) Hahnenfeld § 13 Rdn 6
2) DSt 9, 56
3) Beckmann, Kirche in der Zeit 1956, 103 ff; zum "ius divinum" des Predigtamtes: Wolf S. 185 ff
4) Schrey MPTh 40 (1951), 22. Auf die Amtsauffassungen der anderen Kirchen braucht hier nicht eingegangen zu werden.
5) BVerfGE 19, 206 (219)
6) Scheuner DÖV 1967, 587

Klärung wohl keine exakte Aussage für eine Einzelfrage wie die Berechtigung des Geistlichenprivilegs erwarten läßt. Daher führt der von H. Bogs eingeschlagene Weg, ein Rangverhältnis der staatlichen und bekenntnishaften (sc. kirchlichen) Interessen aufzurichten, zu keinem faßbaren Ergebnis[1]. Das gleiche gilt für Belemanns Vorschlag, die Spannung zwischen der religiös-konfessionellen Neutralität des Staates und einer Privilegierung der Kirchen durch ein Abwägen im Einzelfall zu lösen[2]. Der entscheidende - und ungeklärte - Punkt ist eben, welche Faktoren des Verhältnisses Kirche-Staat in die Waagschale fallen sollen und dürfen.
Schließlich spricht gegen eine Begründung, die sich auf das Amt stützt, daß das Wehrpflichtgesetz den Begriff "Amt" im Tatbestand von § 11 nicht durchgängig verwendet[3]. Sowohl der Subdiakon als auch der Ordinierte sind noch nicht Inhaber eines geistlichen Amtes im funktionellen Sinne. Es besteht vielmehr eine besondere Bindung an den Beruf des Geistlichen, die nach den kirchlichen Regeln die Rückkehr in den Laienstand ausschließt.

3. Ein Komplex von Begründungen weist auf politische, also staatliche Erwägungen.
a) Hierher gehört das Interesse, den Frieden mit der katholischen Kirche zu wahren[4]. Dabei spielen sowohl innenpolitische, als auch außenpolitische Zweckmäßigkeitserwägungen eine Rolle. - Ein gutes Verhältnis zu den Kirchen ist fraglos ein wichtiges staatliches Interesse[5]. Die staatliche Souveränität läßt es aber nicht zu, daß der Staat des guten Einvernehmens willen bei einer elementaren staatsbürgerlichen Pflicht Konzessionen macht, die nicht aus besonderen Gründen notwendig sind.
b) Eine außenpolitische Erwägung berücksichtigt die öffentliche Meinung des Auslands. Dort hätte eine radikale Durchführung der Wehrpflicht die Befürchtung eines deutschen "Militarismus" verstärkt, und das noch besonders, weil die Kirchen

1) DSt 9, 53 ff
2) S. 95
3) H. Bogs DSt 9, 52 f
4) Haas S. 23; H. Bogs DSt 9, 61 f
5) vgl. Weber, Der deutsche Bürger S. 330

am politischen Widerstand gegen die Machthaber des Dritten Reichs maßgeblichen Anteil hatten. Zur Zeit der Wiedereinführung der Wehrpflicht war Westdeutschland darauf angewiesen, das Vertrauen der Welt zurückzugewinnen. - Hiergegen könnte eingewendet werden, daß dieser Grund inzwischen an Gewicht verloren habe.

c) Ähnliches würde für einen kurz zu erwähnenden innenpolitischen Grund gelten, die Geistlichen als potentielle Kriegsdienstverweigerer durch die Befreiung von vornherein lautlos vom Wehrdienst auszunehmen, um die Diskussion über die Wehrpflicht nicht anzufachen[1]. - Dieser Grund entfällt, da die Wehrpflicht als Institution nichts mit der Zahl der Kriegsdienstverweigerer zu tun hat[2].

d) Weiterhin kann zur Begründung der Geistlichenbefreiung angeführt werden, daß die übrigen NATO-Partner überwiegend ebenso verfahren. - Diese Üblichkeit ist aber für die einzelnen Mitglieder der NATO rechtlich nicht bindend.

e) Ein praktisch bedeutsamer Grund für die Befreiung der Geistlichen ist in dem Interesse des Staates an einer "exemten" Militärseelsorge zu sehen, deren Geistliche einerseits nicht der Jurisdiktion der Ortsbischöfe, sondern eines Militärbischofs unterstehen,und die andererseits in die militärische Organisation eingegliedert sind[3].Dieses Anliegen hat der Staat stets mit Nachdruck verfolgt "aus innerpolitischen, etatrechtlichen, militärorganisatorischen und psychologisch

---

1) so H. Bogs DSt 9, 63, der unrichtig von einer Ausnahme von der Wehr p f l i c h t spricht;Abg.Schmidt,Verhandl. des BT, 2.WP, 157.Sitzg. v.4.7.1956, Sten. Ber. S. 8603

2) Eine Verstärkung der Kriegsdienstverweigerer durch Geistliche ist allerdings aktuell, da einige Theologen nach dem deswegen geforderten Wegfall des Geistlichenprivilegs vom Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung Gebrauch machen wollen,vgl.z.B.die Stellungnahme des Pfarrerausschusses der Ev.-luth.Landeskirche Hannover, Deutsches Pfarrer-Blatt 1971,108. Die Lage im Jahre 1956 war ähnlich, vgl. Abg.Metzger und Merten,Verhandl.des BT, 2.WP,157.Sitzg. v. 4.7.1956, Sten. Ber. S. 8599 f, 8601 bzw. 8602

3) vgl. zum organisatorischen Aufbau der heutigen Militärseelsorge: Grundmann evStL Sp. 4307 f; Simon S. 74 ff; Bleese S. 192 ff

von der Haltung der Truppe her bestimmten Gründen sowie mit Rücksicht auf die außenpolitischen Zusammenhänge und auf eine auslandspolitische Parität"[1]. Das staatliche Interesse an einer exemten Militärseelsorge war für die damalige Reichsregierung überhaupt erst der Anlaß, in Verhandlungen mit dem Hl. Stuhl einzutreten, die später zum Abschluß des Reichskonkordats führten[2].

Die geistliche Betreuung der Truppe ist ein durchaus legitimes Anliegen des Staates. Die staatlich organisierte Betreuung trägt allerdings in sich die Gefahr, daß sie die günstigen Einwirkungsmöglichkeiten des besonderen Gewaltverhältnisses auf die Soldaten über Gebühr ausnutzt[3]. Die Kirchen wollen sich zwar nicht als Mittler einer Staatsgesinnung in Anspruch nehmen lassen[4]. Die Möglichkeit dazu besteht immerhin, wenn auch der Militärseelsorger heute weder Vorgesetzter noch Untergebener irgendeines Soldaten ist. Es ist allerdings ausgeschlossen, daß dem Militärpfarrer offiziell neben der geistlichen auch staatlich-patriotische Aufgaben übertragen werden, wie es z. B. die Dienstordnung von 1902 vorsah[5].

Von seiten der katholischen Bischöfe ist eine exemte Militärseelsorge stets negativ beurteilt worden[6]. Innerhalb der evangelischen Kirche nimmt man die Gefahr einer zu weitgehenden Integration der Kirche in die militärische Organisation

---

1) Reichskanzler von Papen an den Fürsterzbischof von Breslau, zitiert aus dem Brief des Reichswehrministers General von Schleicher an den Erzbischof Klein von Paderborn v. 13.7.1932, abgedr. bei Kupper, Stimmen der Zeit 171 (1962-63), 36; vgl. auch das auf Seite . wiedergegebene Telegramm Wilhelms II an die rheinischen Superintendenten
2) Kupper, Stimmen der Zeit 163 (1958-59), 279; 171 (1962-63), 25 ff, 36
3) Bleese S. 215; von Tiling S. 119 f
4) von Mutius, Wehrkunde 1960, 614 f; Kaiser S. 95 ff; Graf Baudissin S. 186
5) von Mutius, Religion in Geschichte und Gegenwart Sp. 947; vgl. ZDv 66/1 (Militärseelsorge) v. Aug. 1956, ZDv 11/1 v. Febr. 1957, ZDv 66/2 v. Nov. 1959
6) von Ketteler, Archiv f.k.KR 58 (1887), 434 ff; Entschließung der Fuldaer Bischofskonferenz vom 27.-29.Jan.1920, zit. bei Kupper, Stimmen der Zeit 171 (1962-63), 26

durchaus für Ernst[1]. Im übrigen wird mit Blick auf das verfassungsrechtliche Verhältnis des Staates zur Kirche vor einer unzulässigen Verflechtung gewarnt[2].
Die innere Abhängigkeit zwischen dem Interesse des Staates an einer exemten Militärseelsorge und dem Geistlichenprivileg liegt offenbar u. a. darin, daß eine Wehrdienstbefreiung der Geistlichen die personelle und sachliche Organisation der Militärseelsorge in jeder Hinsicht entscheidend erleichtert[3]. - Dieses Faktum kann aber das Geistlichenprivileg nicht stützen. Rechtlich gesehen stehen Militärseelsorge und Wehrdienst der Geistlichen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis. Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte, die für die Durchführung der Militärseelsorge gelten, reichen zur qualifizierten Begründung des Geistlichenprivilegs nicht aus.

4. Es werden auch Gründe angeführt, die sich auf die Person des Geistlichen beziehen.

a) So soll eine gerechte Beurteilung der Berufung zum persönlichen Zeugnis für den Frieden die Befreiung der Geistlichen tragen[4]. - Hier steht Art. 3 Abs. 3 GG entgegen, soweit es sich um religiöse oder glaubensbedingte Anschauungen handelt[5].

---

1) Wollschläger evStL Sp. 1305 f
2) Ridder, Staatslexikon Sp. 1028; H. Bogs DSt 9, 61
3) vgl. den Beschluß des Rates der EKD v. 12./13. 1. 1956, Ziff. 12 der unveröffentlichten Verhandlungsniederschrift, vorgetr. v.BMVert Blank, Verhandl. des BT, 2. WP, 157. Sitzg. v. 4.7.1956, Sten. Ber. S. 8600. Im Grandrath-Verfahren bei der Menschenrechtskommission räumte die Bundesregierung ein, die Wehrdienstbefreiung der Geistlichen und die vertraglich vereinbarte exemte Militärseelsorge stünden im Wechselbezug des "do ut des", vgl. "L'Affaire Grandrath" S. 15.
4) Hamel evStL Sp. 1148 f
5) s. o. S. 95

b) Es kann aber auch eine glaubensneutrale Gewissensentscheidung der Berufung zum Friedensdienst zugrunde liegen[1].

Die Gewissensentscheidung gegen den Kriegsdienst mit der Waffe ist in Art. 4 Abs. 3, Art. 12 a Abs. 2 GG, § 25 WPflG geregelt. Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit dieser Normen bestätigt[2]. - Selbst wenn man annimmt, ein "besonderes Gewissen" des Geistlichen sei staatlicherseits ohne weiteres zu berücksichtigen[3], wäre immer noch nach Art. 12 a Abs. 2 GG ein Ersatzdienst zu leisten; § 11 WPflG wäre in der bestehenden Form zu beanstanden[4]. - Keinesfalls kann man den Wegfall des Ersatzdienstes als sachlich gerechtfertigt ansehen, weil der Abschreckungseffekt des Ersatzdienstes beim Geistlichen leerlaufe, da man den Geistlichenberuf nicht zum Schein ergreife[5]. Denn erstens ist der Ersatzdienst wesensmäßig nicht Mittel der Abschreckung; allenfalls ist er als lästige Alternative[6] objektiver Prüfstein für die Ernsthaftigkeit der inneren Einstellung des Waffendienstverweigerers. Zweitens ist das Argument, der Geistlichenberuf werde nicht zum Schein ergriffen, nicht überzeugend: wenn man für überschaubare Zeit - drei Jahre[7] - und nur nebenberuflich Geistlicher sein kann, ist ein Mißbrauch des "Geistlichen-Gewissens" durchaus verlockend. Niemand würde daher den Wegfall des Ersatzdienstes als gerechtfertigt ansehen. - Insgesamt handelt es sich bei der Frage aber um ein Scheinproblem, weil es dieses besondere Geistlichengewissen weder bei den großen Kirchen noch bei den kleinen Religionsgemeinschaften gibt[8].

---

1) so anscheinend Pernthaler S. 186, 210 ff; H. Bogs DSt 9, 58
2) E 12, 45 ff; teilweise ablehnend Böckenförde VDStRL 28, 86
3) so H. Bogs DSt 9, 58
4) Hahnenfeld, Wehrverfassungsrecht S. 64 f
5) so aber H. Bogs DSt 9, 59
6) Böckenförde VDStRL 28, S. 61 f, 104
7) H. Bogs DSt 9, 65
8) Beckmann, Kirche in der Zeit 1956, S. 104 f; vgl. Hirschmann, Stimmen der Zeit 159 (1956-57), S. 216; wie hier schließlich auch H. Bogs DSt 9, 58; vgl. auch BVerwGE 34, 291 (295)

c) Das Geistlichenprivileg wird auch mit dem Grundrecht der freien Religionsausübung nach Art. 4 Abs. 2 GG begründet, wohl in dem Sinne, daß der gemeinschaftlichen Religionsausübung nicht der dazu unentbehrliche Geistliche entzogen werde[1]. - Art. 4 Abs. 2 GG steht aber unter dem Vorbehalt der Art. 140 GG, 136 Abs. 1 WRV[2]. Danach gehen die staatsbürgerlichen Pflichten vor[3].

5. Vor allem kirchlicherseits wird auf den Stand des Geistlichen hingewiesen[4]. - Hinschius hat bereits im Jahre 1869 darauf aufmerksam gemacht, daß die Kirche im modernen Staat eine andere Stellung als im mittelalterlichen Feudalstaat einnimmt, in welchem sie eine Reihe staatlicher Pflichten erfüllte und als Äquivalent dafür auch eine teilweise Immunität beanspruchen konnte[5]. Ein Standesvorrecht wird vor allem deswegen zu beanstanden sein, weil der demokratische Staat alle Standesvorrechte beseitigt hat[6].

6. Andere verweisen auf die Eigenart des Berufes des Geistlichen und auf die christliche Berufsethik[7]. Damit steht der Hinweis auf die Würde des Geistlichen als Amtsträger in gewissem Zusammenhang[8]. Hiergegen läßt sich anführen, daß der Staat an kirchliche Auffassungen nicht endgültig gebunden ist, wenn er mit der allgemeinen, gleichen Wehrpflicht im Geistlichen den Staatsbürger anspricht[9].

---

1) Pernthaler S. 186
2) Bettermann VDStRL 28, 128; Adamovich-Spanner äußern sogar gegen die Zulässigkeit einer Waffendienstverweigerung Bedenken, die in Österreich in einem einfachen Gesetz - §§ 25 bis 27 WG - geregelt ist, S. 344
3) Scheuner DÖV 1967, 586
4) Eichmann-Mörsdorf,Bd.1 S.255; Ruppel Sp.592;Hofmann,Zeitschr.f.k.Th 40 (1916),455;Retzbach § 11,2 c; Pernthaler S.210; Koch S.250,254; Hahnenfeld UBWV 1965, 56
5) Bd. 1 S. 127 FN. 5
6) Kreutzer DÖV 1958, 151 f
7) H. Bogs DSt 9,58; Martensen S.286; Hinschius,Bd. 1 S.127
8) Hahnenfeld § 11 Rdn 6; ders.,UBWV 1965,56; Pernthaler S.210;Claeys-Boùùaert Sp.868;Dänhardt,Immunität S. 245
9) s. o. S. 100

7. Zeitlich meist länger zurückliegend sind die Ansichten, die die souveränen Rechte der katholischen Kirche betonen. Sie habe das Recht,
a) ihre Diener ungehindert vom Staat einsetzen zu können[1],
b) die Unabhängigkeit der Amtsführung der Geistlichen gesichert zu wissen[2],
c) die universalen Bezüge der Kirche ohne Verkettung mit nationalen Belangen verfolgen zu können[3],
d) ihren fast 2000jährigen Besitzstand zu wahren[4].
Diese Gründe wurden teilweise noch vor der Geltung der Weimarer Reichsverfassung angeführt. Nach heutigem Verfassungsrecht kann von souveränen Rechten der Kirchen im staatlichen Bereich nicht mehr die Rede sein[5]. Auch sie stehen als Lebensverbände im Staat unter der Verfassung[6]. Dabei ist den Kirchen Eigenständigkeit und Unabhängigkeit in einem Eigenrechtsbereich zuerkannt, dessen Grenzziehung sich der Staat zur Wahrung seiner Gemeinwohlverantwortung vorbehalten hat[7].

IX. Wertungsgrundlagen und Wertungsvorschlag

Wenn oben gesagt wurde, daß Indiz für die Überzeugungskraft eines Differenzierungsgrundes die Notwendigkeit der Regelung sein kann, muß klar sein, wozu die Notwendigkeit gegeben sein muß.

---

1) Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 444
2) Ruppel Sp. 591; Dänhardt, Immunität S. 246 f
3) Burger S. 110
4) Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 475
5) Grundmann JZ 1966, 83 f
6) Hollerbach VDStRL 26, S. 63, 102
7) Hollerbach VDStRL 26, 61 f; Grundmann JZ 1966, 86; Quaritsch DSt 1, S. 189, 296 ff; H. Weber JuS 1967, 436; ders., Grundprobleme S. 23 ff; Obermayer DÖV 1967, 14; BVerfGE 18, 385 (386)

Die für das Geistlichenprivileg angeführten Begründungen dürfen daher den Wehrdienst nicht in einer Verengung auf den militärischen Dienst mit der Waffe betrachten. Bereits zur Zeit der Geltung des Reichsmilitärgesetzes setzte man den Militärdienst nicht dem Waffendienst gleich. Heute geht es um den Wehrdienst in seiner Auffächerung als Dienst im Rahmen der Gesamtverteidigung. Die waffenlosen Dienstarten stehen gleichwertig neben dem Waffendienst. So gesehen fällt es leichter, eine spezielle Notwendigkeit für die Befreiung zu bejahen; aber auch für den Fall zu verneinen, daß der Geistliche für eine der Dienstarten eine besondere Eignung aufweist.

Man darf wohl mit allgemeiner Zustimmung rechnen, wenn man den Waffendienst für Geistliche ablehnt[1]. Eine Waffendienstpflicht würde gewissermaßen dem ordre public widersprechen. Hier wirken unwägbare sittliche Vorstellungen, die gar nicht einmal allein dem religiösen Bereich angehören. Sie stehen vielmehr auch mit der geistesgeschichtlichen Entwicklung deutscher Prägung in Zusammenhang, auf deren Boden die allgemeine Wehrpflicht zu Anfang des 19. Jahrhunderts in Preußen gewachsen war. Es ist z. B. nur unter diesem Aspekt zu verstehen, daß die Wehrpflicht bei ihrer Wiedergeburt im modernen Staat von einem großen Teil des Volkes als Ehrenpflicht begriffen wurde, und zwar nicht auf Grund obrigkeitlicher Propaganda, sondern durchaus nach eigener Überzeugung. Diese Auffassung zog weitere rechtliche Folgerungen nach sich: so wurde im Jahre 1881 eine im übrigen lückenlos begründete Wehrsteuerpflicht der Nichtdienenden u. a. deswegen abgelehnt, weil sie sich nicht mit dem Charakter der Wehrpflicht als einer Ehrenpflicht vertrüge[2]. Mit der Ehrenpflicht verbindet sich eine typische Großzügigkeit ihres Trägers:

---

1) H. Bogs DSt 9, 51; Schickedanz NJW 1970, 1872

2) Fersch,Finanz-Archiv 28 (1911), Bd. 1, 203 ff; Neumann, Finanz-Archiv 4 (1887), Bd. 1, 207 f; vgl. Binz, Wehrkunde 1959, 264

die sprichwörtliche Pflichtauffassung vergewissert sich nicht jeweils, ob auch der Nebenmann seiner Pflicht genüge[1]. Sie gibt keinen Nährboden radikal-egalitären Denkens ab, wie schon Tocqueville die Tendenz der Gleichheit treffend charakterisierte[2]. - Man mag diese Gründe mit Kreutzer "humanitäre Vorstellungen" nennen[3]. Solche sittlichen Vorstellungen erkennt das BVerfG ausdrücklich als beachtlich an[4]. So wird es verständlich, daß die heutige, ansonsten nicht kirchenhörige öffentliche Meinung den Geistlichen mit der Waffe in der Hand ablehnt.

Dagegen dürfte ein Dienst der Geistlichen als Sanitäter im Zivilschutz oder als Entwicklungshelfer alle Gründe für sich haben[5]. Eine Zusammenschau der erwähnten Differenzierungsgründe ergibt eine besondere Eignung des Geistlichen für die humanitären Dienste. Ein solcher Dienst hat in Deutschland geschichtliche Vorbilder. Das zeigt auch die Erfahrung der letzten Kriege, in denen die Geistlichen ihrer schützenden und versöhnenden Aufgabe sowohl bei der kämpfenden Truppe als auch in der Heimat nachgekommen sind, wenngleich sie dafür häufig nicht ausgebildet waren[6].

Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht ist § 48 Abs. 2 Ziff. 4 WPflG zu entnehmen. Wenn nach dieser Vorschrift Theologiestudenten im Verteidigungsfall bevorzugt zum Sanitätsdienst einzuziehen sind, kommt die Auffassung des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß der angehende Geistliche für diesen Dienst geeignet ist. Auch nach c. 121 CIC ist der Sanitätsdienst für Geistliche zulässig[7].

---

1) vgl. U. Mann, Lorbeer und Dornenkrone S. 298 f
2) Bd. 2 S. 318 f
3) DÖV 1958, 152
4) E 12, 1 (4)
5) Schickedanz NJW 1970, 1872; die Begründung ist aber nicht aus einer Verfassungswidrigkeit der in § 10 Abs. 1 Ersatz DG normierten Ersatzdienstbefreiung herzuleiten; denn diese Vorschrift hat in ihrer wortgetreuen Nachbildung von § 11 WPflG klarstellende Funktion und kann nicht vom Wehrdienst isoliert betrachtet werden, Zwingenberger RiA 1969, 163
6) Hofmann, Zeitschr. f. k. Th 40 (1916), 479; vgl. Rist S. 14, 188 und passim
7) Hilling S. 81; Claeys-Boûûaert Sp. 857, 868; Dänhardt, Immunität S. 233, 247; Eichmann-Mörsdorf, Bd. 1 S. 255; Retzbach § 11, 2 c

Was die besondere Eignung für den Entwicklungsdienst angeht, genügt zur Begründung ein Blick auf die Missionstätigkeit der Kirchen, die in Wirklichkeit immer schon zum guten Teil aus Entwicklungsdienst bestand.
Eine Befreiung der Geistlichen vom Wehrdienst insgesamt ist somit von der Sache her nicht notwendig.

Die völlige Befreiung liegt schließlich auch nicht im objektiven Interesse der Geistlichen und der Kirchen.
Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, daß ein "Übermaßprivileg" sich schließlich gegen die Privilegierten wenden würde[1].
Auch in rein tatsächlicher Hinsicht muß den Kirchen, die heute die Hinwendung zur Welt vollziehen wollen, an weltoffenen und weltbewährten Geistlichen gelegen sein. Es ist nicht mehr ihr Anliegen, ihnen "die Berührung mit der gefahrvollen Außenwelt" zu ersparen[2]. Die Befreiung ist erst recht nicht mehr wegen des "Charakter(s) von Ruhe und Abgezogenheit, der diesem Stande eigenthümlich ist"[3] für die heutigen Diener der Kirche zu fordern.
Wenn es den Kirchen um eine zeitgemäße Ausbildung ihrer Geistlichen geht, kann ihnen eine Teilnahme am Verteidigungsdienst willkommen sein, und zwar sowohl im Interesse der Geistlichen selbst, denen die Ausbildung u. a. eine bessere Kenntnis der Gefahren militärischer Aktionen vermittelt, als auch im eigenen Interesse, da dieser Dienst z. B. erkennen läßt, ob der Geistliche die Fähigkeiten hat, die er als Hirte einer Gemeinde in der heutigen sozialen Wirklichkeit braucht[4].

1) Hollerbach VDStRL 26, 90; Binz, Wehrverneinung S. 87
2) Hirtenbrief des Kardinals von Reims anläßlich der Ausdehnung der Dienstpflicht auf Geistliche in Frankreich 1885, zit. nach Duquesne S. 48 f
3) Görres S. 10
4) vgl. Claeys-Boùùaert Sp. 869; Duquesne S. 49

X. Gesamtergebnis

1. Die Befreiung der Geistlichen vom Wehrdienst verstößt nicht gegen ein Differenzierungsverbot.

2. Die Interdependenz der Differenzierungselemente führt nicht zu einem Ausschluß geltend gemachter Differenzierungsgründe.

3. Das Geistlichenprivileg kann nicht schon durch einen sachlich in Betracht kommenden, sondern erst durch einen überzeugenden Grund gerechtfertigt werden, weil es im System des Wehrpflichtgesetzes wegen der Abweichung von der systembestimmenden Pflichtmaßstabs-Balance ein Fremdkörper ist.
Einen exakten Nachweis für die Überzeugungskraft bestimmter Gründe gibt es nicht, da die einzelnen Argumente nicht ohne wertende Einordnung auskommen. Annäherungspositionen für einen anzustrebenden Wertungskonsens sind die Notwendigkeit der Regelung und deren Kongruenz mit den objektiven Interessen der Beteiligten.
Die Befreiung vom Wehrdienst (im umfassenden Sinn verstanden) ist nicht notwendig, da die Geistlichen für einige Verteidigungsdienste prädestiniert sind. Die völlige Befreiung liegt nicht im objektiven Interesse der Kirchen und der Geistlichen und auch nicht des Staates.
Daher dürfte keiner der geltend gemachten Differenzierungsgründe ein überzeugender Grund für das Geistlichenprivileg in der Form des § 11 Abs. 1 Ziff. 1-3 WPflG sein. Ohne einen qualifizierten Differenzierungsgrund ist das Geistlichenprivileg verfassungswidrig, da die Ungleichbehandlung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

Lebenslauf

Am 29. Oktober 1939 wurde ich als dritter Sohn des Kaufmanns Wilhelm Dopjans und seiner Ehefrau Wilma, geb. Listemann, in Osnabrück geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Anschluß an die Grundschule besuchte ich bis zur Reifeprüfung am 28. Februar 1959 das Gymnasium Carolinum in Osnabrück.

Nach einer kaufmännischen Lehre im Textileinzelhandel war ich nacheinander Substitut in der Verwaltungszentrale eines Großversandhauses, Assistent des Werkleiters in einem Bekleidungswerk und Reisender für einen Textilkonzern.

Seit dem Sommersemester 1964 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften in Münster (3 Semester), Berlin (2 Semester) und Tübingen (4 Semester). Am 25. November 1968 habe ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung mit Prädikat bestanden. Seitdem bin ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst.